

ISSN 2612-8047

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

11 2019

novembre

IN QUESTO NUMERO:

ARBITRATO E ACCERTAMENTO DELLA SIMULAZIONE

DOCUMENTO INFORMATICO E VALORE LEGALE

CERTIFICATO DI TITOLO ESECUTIVO EUROPEO

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

LEALTA', PROBITA' E SPESE PROCESSUALI

CUSTODIA ED ESPROPRIAZIONE FORZATA IMMOBILIARE]

RINVIO EX 622 C.P.P. AL GIUDICE CIVILE

FORO DELLA CONCORRENZA

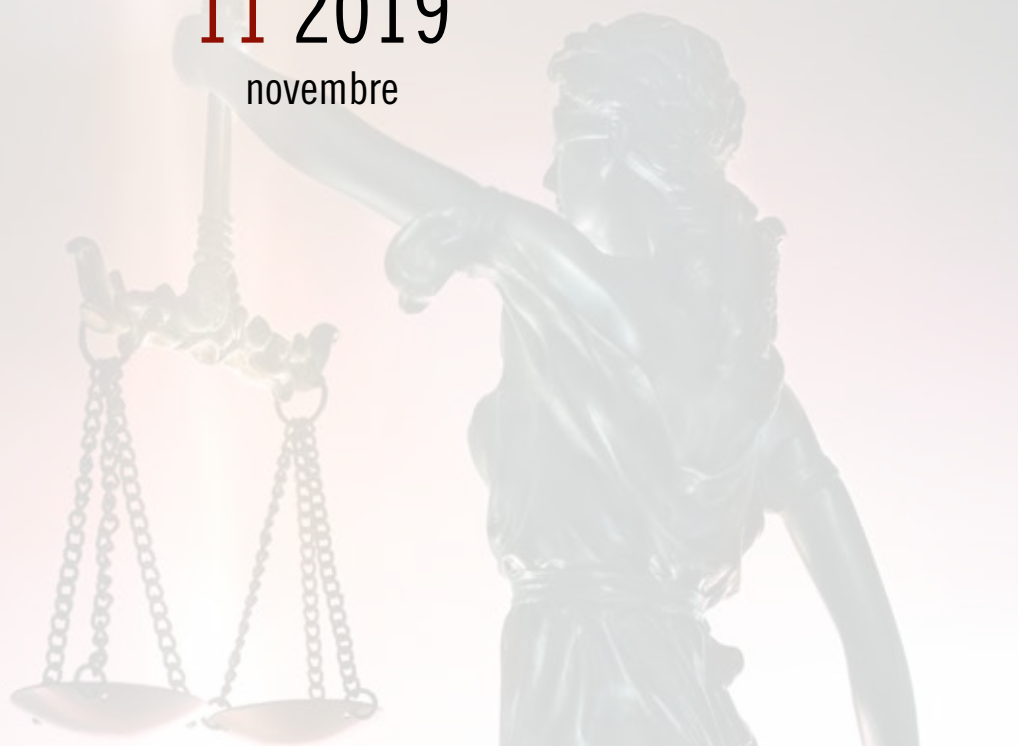

**MAGGIOLI
EDITORE**

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

11 2019

novembre



IN QUESTO NUMERO:

ARBITRATO E ACCERTAMENTO DELLA SIMULAZIONE

DOCUMENTO INFORMATICO E VALORE LEGALE

CERTIFICATO DI TITOLO ESECUTIVO EUROPEO

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

LEALTA', PROBITA' E SPESE PROCESSUALI

CUSTODIA ED ESPROPRIAZIONE FORZATA IMMOBILIARE]

RINVIO EX 622 C.P.P. AL GIUDICE CIVILE

FORO DELLA CONCORRENZA

|||
**MAGGIOLI
EDITORE**



Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

Bina Massimiliano
Bonatti Roberto
Cuomo Ulloa Francesca
D'alexandro Elena
Donzelli Romolo
Farina Marco
Ferrari Francesca
Ficcarelli Beatrice
Finocchiaro Giuseppe
Gamba Cinzia
Lombardi Rita
Marino Concetta
Noviello Daniela
Passanante Luca
Rota Fabio
Silvestri Caterina

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

Barbiani Stefano
Bernabei Guglielmo
Bonetti Dario
Briganti Elena
Caimi Emanuele
Casavola Andrea
Cazzato Edoardo Carlo
Cianciosi Beatrice
D'Addazio Alessia
Durello Laura
Galanti Lucilla
Ghinelli Gianni
Giardini Elisa
Hepaj Ermelinda
Laboragine Oriana
Manselli Maria Rosaria
Mazzei Martina
Mazzone Giorgio
Minardi Mirco
Molinaro Gabriele
Nascosi Alessandro
Orlando Sofia
Pailli Giacomo
Pasini Caterina
Petronzi Alessandro
Polinari Jacopo

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

ISSN 2612-8047

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

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

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

Maggioli S.p.a.

Azienda con sistema qualità certificato
ISO 9001:2008, iscritta al registro
operatori della comunicazione

Sommario

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

- 5** Alcune considerazioni in tema di ragionevole durata dei processi civili italiani in attesa dell'edizione 2019 del rapporto del CEPEJ di Mattia Polizzi

LEALTÀ, PROBITÀ E SPESE PROCESSUALI

- 10** Violazione dei principi di lealtà e probità: ricadute sulle spese processuali di Lucilla Galanti

DOCUMENTO INFORMATICO E VALORE LEGALE

- 18** Il valore legale di un documento informatico di Elisa Giardini

CUSTODIA ED ESPROPRIAZIONE FORZATA IMMOBILIARE

- 24** Brevi note sulla riforma della riforma della custodia nel procedimento di espropriazione forzata immobiliare di Beatrice Ficarelli

USURA E TASSO DI MORA

- 26** Panoramica della recente giurisprudenza formatasi su usura e tasso di mora di Alessio Antonelli

ARBITRATO E ACCERTAMENTO DELLA SIMULAZIONE

- 33** L'estensione della *potestas iudicandi* degli arbitri circa l'accertamento della simulazione contrattuale di Giovanni Viglino

SINDACATO DELLA SUPREMA CORTE

- 37** Il sindacato della Corte di Cassazione sulla valutazione imprudente della prova di Mirco Minardi

CERTIFICATO DI TITOLO ESECUTIVO EUROPEO

- 41** Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il Regolamento n. 805/2004 - Prima parte di Marco Farina
- 49** Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il Regolamento n. 805/2004 - Seconda parte di Marco Farina
- 56** Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il Regolamento n. 805/2004 - Terza parte di Marco Farina

ANCORA SULLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

- 63** Riflessioni sparse in tema di ragionevole durata del processo civile
di Mattia Polizzi

FORO DELLA CONCORRENZA

- 70** Regolamento Bruxelles I Bis e Private Enforcement: Il Foro della Concorrenza
di Edoardo Filiberto Roversi

LIQUIDAZIONE DEGLI ONORARI DEL DIFENSORE

- 79** Il giudizio di liquidazione degli onorari del difensore in caso di attività svolta per più gradi del medesimo giudizio
di Francesco Martire

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Alcune considerazioni in tema di ragionevole durata dei processi civili italiani in attesa dell'edizione 2019 del rapporto del CEPEJ

di Mattia Polizzi

DEL 4 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. La ragionevole durata del processo civile e la Cedu: concetti introduttivi
3. L'edizione 2018 del rapporto del CEPEJ: le indicazioni metodologiche ed il quadro comune di riferimento
4. (Segue) Il quadro comune e la situazione italiana
5. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

È affermazione notoria quella per cui lo stato della giustizia civile *italico more* non gode di ottima salute. E ciò, in particolare, sotto l'angolo visuale della durata dei singoli giudizi. Una affermazione, questa, sicuramente avvalorata dall'esperienza pratica della maggior parte degli operatori del diritto a vario titolo chiamati a prestare la propria opera all'interno del processo. E avvalorata altresì dalle numerose notizie giornalistiche che più volte colorano di (spesso meritate) sfumature drammatiche questo annoso problema. Una criticità, quest'ultima, che rende maggiormente stridente il raffronto tra la *law in the books* e la *law in action*, tra il diritto così come positivizzato nelle più alte Carte nazionali ed internazionali e lo svolgersi pragmatico del giudizio.

Ma cosa dicono, al riguardo, le ricerche scientifiche? Certo non si può in questa sede procedere con la disamina articolata di anche uno solo nei numerosi ed autorevoli studi sullo stato dell'arte. La prossima pubblicazione dell'ottava edizione (relativa ai dati dell'anno 2017) del rapporto "*European judicial systems. Efficiency and quality of justice*" curato

dall'*European Commission for the Efficiency of Justice* (d'ora in avanti, per comodità espositiva, anche CEPEJ), fornisce tuttavia l'occasione per ricordare i risultati dell'edizione del 2018 del medesimo studio svolto a livello del c.d. «circuitto Cedu», per cercare di trarre alcuni spunti di riflessione. Al riguardo, con questo scritto si cercherà in primo luogo di richiamare, pure in via necessariamente sintetica, i tratti salienti del concetto di "ragionevole durata del processo civile", così come scolpito nella Cedu; in un secondo momento si analizzerà invece la sostanza del *report* del 2018.

2. La ragionevole durata del processo civile e la Cedu: concetti introduttivi

È noto che il [secondo comma dell'art. 111 Cost.](#), come modificato dalla [l. cost. 23 novembre 1999, n. 2](#), si conclude con la solenne statuizione secondo la quale la legge deve assicurare la ragionevole durata del processo: il processo, dunque, per essere giusto deve essere - anche - caratterizzato da una durata per l'appunto ragionevole^[1].

Si tratta di una novità per la tradizione costituzionale nostrana,

[1] La bibliografia sul tema della ragionevole durata del processo è decisamente ampia e, pertanto, le indicazioni che seguiranno devono essere intese come meramente semplificative. Tra i molti ed autorevoli contributi sul punto si v. non potrà che essere parziale. Si v., oltre ai contributi individuati *infra*, Andronio, *Art. 111*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, 2006, Torino, pagg. 2115 e ss.; Biavati, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, II, pagg. 475 e ss.; Capponi, *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, in [www.giustiziacivile.com](#), 22 giugno 2015, pagg. 1 e ss.; Id., *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, X, pagg. 1277 e ss.; Cecchetti, voce *Giusto processo a) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, 2001, Milano, pagg. 610 e ss.; Chiarloni, voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Ann. II-1, Milano,

in quanto la nostra Carta fondamentale non conteneva nella sua stesura originaria, un'espressa enunciazione del principio della tempestività della tutela giudiziaria, a differenza di quanto previsto negli ordinamenti di altri Paesi[2]. La previsione della ragionevole durata del processo riecheggia la formula di cui al primo paragrafo dell'[art. 6 Cedu](#) che, come noto, contempla il diritto di ogni persona «*a che la sua causa sia [decisa] equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*». Nonostante l'assonanza linguistica, tuttavia, la previsione costituzionale differisce notevolmente da quella convenzionale tanto sul piano dogmatico tanto su quello operativo. Basterà in questa sede ricordare due considerazioni già ampiamente svolte in letteratura. In primo luogo l'[art. 6 Cedu](#) prevede un vero e proprio diritto soggettivo immediatamente azionabile da parte del singolo, laddove la Costituzione pone una direttiva rivolta all'operato normativo del legislatore ordinario, declinando il principio della ragionevole durata dei processi in termini oggettivi. In seconda istanza (e come sarà possibile ricordare meglio a breve), passando dal piano del diritto «cristallizzato» a quello del diritto «applicato», è noto che la Corte costituzionale non può - a differenza della Corte di Strasburgo - sindacare sulla durata del singolo processo *a quo*, ma deve esclusivamente pronunciarsi su disposizioni legislative in eventuale contrasto con il dettato costituzionale.

Ciò premesso è possibile soffermarsi sul merito dell'[art. 6 Cedu](#) in tema di ragionevole durata del giudizio[3].

Preliminarmente è opportuno rilevare che l'[art. 6 Cedu](#), così come l'intera Convenzione, vive delle integrazioni e dei chiarimenti operati dalla Corte Europea dei diritti umani, ai quali non si potrà non fare riferimento. Peraltro, come accennato *supra*, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo opera all'interno del sistema in maniera decisamente differente ri-

spetto alla Corte costituzionale. La prima, difatti, è chiamata ad operare un giudizio sul caso processuale concreto, sicché è «*il fatto processuale, non meno che l'ordinamento giudiziario e la disciplina del processo, che vengono sottoposti all'esame della Corte Europea*»[4]. La seconda, dal canto proprio, è chiamata a giudicare sulla (legittimità costituzionale della) norma processuale in sé considerata. Tuttavia, come autorevolmente osservato in dottrina[5], l'alterità è totale per quanto riguarda l'effetto delle decisioni: l'eventuale condanna dello Stato, da un lato, l'espunzione della norma dall'ordinamento, dall'altro. Vi sarebbe, tuttavia, una coincidenza parziale (ed eventuale) tra i titoli giustificativi delle relative pronunce: in questa prospettiva l'eventuale differenza tra titoli starebbe nel fatto che nel caso del giudizio rimesso alla Consulta le violazioni delle garanzie processuali derivano necessariamente ed esclusivamente da atti aventi forza di legge, laddove il sindacato della Corte di Strasburgo può trovare la propria ragion d'essere anche da eventuali disfunzioni più strettamente connesse al caso di specie (quali, ad esempio, disfunzioni amministrative ovvero una non efficiente gestione della vicenda processuale).

La principale differenza tra il *dictum* costituzionale e quello convenzionale sta nel fatto che l'[art. 6 Cedu](#) attribuisce al cittadino il diritto di ricevere la decisione della controversia della quale sia entro un termine ragionevole. Si tratta, secondo la dottrina pressoché unanime, di un vero e proprio diritto soggettivo, azionabile nei confronti dello Stato che abbia negato la tutela giurisdizionale tempestiva[6]: la ragionevole durata del processo, in altri termini, viene qui in rilievo nel suo aspetto più squisitamente soggettivo. In realtà, come attentamente osservato in letteratura, la preminenza del profilo soggettivo non significa un disinteresse rispetto a quel-

2008, pagg. 416 e ss.; Id., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, IV, pagg. 1032 e ss.; Giacobbe, *I nodi irrisolti della giustizia civile, in Iustitia*, 2006, II, pagg. 171 e ss.; Giussani, *Sull'accelerazione del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, II, pagg. 468 ss.; Olivieri, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, X, V, pagg. 251 e ss.; Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Foro it.*, 2000, X, V, pagg. 248 e ss.; Rovelli, *La crisi della giustizia civile. Diagnosi e terapie*, in *Giur. it.*, 2009, II, pagg. 514 e ss.; Tarzia, Danovi, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2014, Milano, pagg. 14 ss.; Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, II, pagg. 403 e ss.; Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, III, pagg. 505 e ss.

[2] Si pensi, ad esempio, all'[art. 24, comma 2, della Cost.](#) spagnola del 27 dicembre 1978 a norma del quale tutti hanno diritto ad un processo pubblico «*senza indebite dilazioni e con tutte le garanzie*».

[3] Sul tema si v., senza pretesa di esaustività, Andronio, *op. cit.*, pagg. 2106 e ss.; Bartole, De Sena, Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2012, Padova, pagg. 172 e ss.; Chiarloni, *op. ult. cit.*, pagg. 1032 e ss.; Id., voce *Giusto processo* cit., pagg. 416 ss.; Chiavario, *Art. 6*, in Bartole, Conforti, Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, Padova, pagg. 153 e ss.; Falcone, *La ragionevolezza del processo: tra vincoli europei e autonomia dell'ordinamento interno*, in *Giust. civ.*, 2010, V, pagg. 254 e ss.; Olivieri, *op. cit.*, pagg. 254 e ss.; Tarzia, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, I, 1 ss.; Trocker, *op. cit.*, pagg. 404 ss.

[4] Tarzia, *op. cit.*, pag. 7.

[5] Tarzia, *op. cit.*, pagg. 7-8.

[6] Andronio, *op. cit.*, pag. 2106; Chiarloni, *Il nuovo cit.*, pag. 1032; Trocker, *op. cit.*, pag. 404.

lo oggettivo, essendo quest'ultimo funzionalmente collegato al primo: la Corte di Strasburgo, anzi, ha costantemente ricordato che l'[art. 6, par. 1, Cedu](#) obbliga gli Stati contraenti ad organizzare il proprio sistema giudiziario in modo tale da consentire alle corti ed ai tribunali di soddisfare tutte le esigenze e le garanzie di cui al dettato convenzionale[7].

Ma cosa intende la disposizione da ultimo citata quando afferma che la causa debba essere risolta entro un "*délai raisonnable*"? Pare opportuno ricordare al riguardo che la dottrina ha, condivisibilmente, messo in guardia dalla opportunità di stabilire termini per così dire secchi alla durata del svolgimento del processo. La CoEdu ha individuato alcuni criteri per la perimetrazione del *reasonable time* di cui all'[art. 6, par. 1, Cedu](#), che qui si intende passare in rassegna, seppur limitandosi a quelli di maggiore rilievo. Per ciò che attiene ai criteri elaborati dalla giurisprudenza convenzionale per indagare in merito alla ragionevolezza delle tempistiche processuali viene in rilievo al riguardo il *dictum* contenuto nella sentenza *Laino c. Italia*[8]. In tale pronuncia la CoEdu ha affermato, in linea con il proprio orientamento passato, che la ragionevolezza della durata di un processo deve essere parametrata sulla base della "*complexity of the case and of the conduct of the applicant and of the relevant authorities*"[9]. Complessità del caso, comportamento del ricorrente (che abbia eventualmente prolungato la durata del procedimento) e condotta delle autorità nazionali rappresentano dunque i "pilastri" del giudizio ai sensi dell'[art. 6, par. 1, Cedu](#).

La Corte di Strasburgo non ha mancato di illustrare con una certa precisione anche il momento di origine e quello finale per il giudizio in merito alla ragionevolezza del tempo impiegato per il processo. In particolare, il *dies a quo* dal quale far partire la valutazione in merito al termine ragionevole è quello dell'atto di citazione o comunque, più in generale, quello dell'atto introduttivo di primo grado[10]. Al riguardo la Corte di Strasburgo reputa che non si debba tener conto

di eventuali periodi di tempo dedicati a tentativi di conciliazione preventiva delle vertenze[11]. Tuttavia, l'opinione della Corte muta qualora si versi in un'ipotesi di giurisdizione condizionata. La fattispecie è stata analizzata dalla sentenza resa nel caso *X c. Francia*[12], ove il ricorrente era un soggetto emofilico divenuto sieropositivo al virus dell'AIDS in occasione di una trasfusione di sangue infetto. In tal caso il *caput* iniziale del termine viene anticipato al momento dell'instaurazione della procedura amministrativa preliminare alla domanda (giudiziale) di indennizzo dei danni patiti. Il termine finale è stato invece usualmente identificato nella pronuncia della sentenza di ultimo grado o, comunque, nel passaggio in giudicato della decisione[13]. Tuttavia, la Corte di Strasburgo ha operato un passo ulteriore e di particolare interesse, mostrando una certa sensibilità all'intera vicenda processuale inerente il ricorrente. Nel caso *Hornsby c. Grecia*[14] la Corte parte da una premessa invero condivisibile, ossia che il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale ricavato dall'[art. 6, par. 1, Cedu](#) "*would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party*": conseguenza logica di questa affermazione è che la "*execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the "trial" for the purposes of Article 6*"[15]. Dunque, la ragionevole durata del giudizio deve tener conto sia della fase di cognizione sia di quella di esecuzione forzata, alla luce dei criteri *supra* evidenziati. Non solo. Come autorevolmente osservato in dottrina il giudizio di ragionevolezza deve essere valutato sia separatamente con riferimento ai due momenti processuali sia come sommatoria delle due fasi, così da poter operare un apprezzamento compiuto del *casus* dal momento di proposizione della domanda di tutela sino all'effettivo e concreto soddisfacimento del diritto azionato[16].

[7] Cfr. Tarzia, *op. cit.*, pag. 17.

[8] CoEdu, Grande Camera, *Laino c. Italia*, 18 febbraio 1999, ric. 33158/96; si v. altresì, a titolo di esempio, CoEdu, *Bouilly c. Francia*, 7 dicembre 1999, ric. 38952/97.

[9] Così il par. 18 della decisione.

[10] Così la cit. CoEdu *Santilli c. Italia*, in particolare par. 18; si v. altresì CoEdu, *Poiss c. Austria*, 23 aprile 1987, ric. 9816/82.

[11] Così *ex pluris* CoEdu, *Zimmermann e Steiner c. Svizzera*, 13 luglio 1983, ric. 8737/79.

[12] CoEdu *X c. Francia*, 31 marzo 1992, ric. 18020/91.

[13] Senza che venga in considerazione il tempo utilizzato per la proposizione dell'appello: cfr. ancora CoEdu *Zimmermann e Steiner c. Svizzera*; Tarzia, *op. cit.*, pag. 19, ritiene che dal computo debba, più in generale, essere escluso il tempo utilizzato per la proposizione di qualsiasi mezzo di impugnazione.

[14] CoEdu, *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, ric. 18357/91.

[15] CoEdu *Hornsby c. Grecia* cit., par. 40. In senso analogo si v. CoEdu, *Di Pede c. Italia*, 26 settembre 1996, ric. 15797/89 nonché CoEdu, *Zappia c. Italia*, 26 settembre 1996, ric. 24295/94.

[16] Cfr. Tarzia, *op. cit.*, pag. 20.

3. L'edizione 2018 del rapporto del CEPEJ: le indicazioni metodologiche ed il quadro comune di riferimento

A fronte di queste importanti conquiste nel diritto positivo esistono i dati fattuali, raccolti dagli studi empirici. I report in questione provengono sia da organismi nazionali sia da organismi sovranazionali. Tra questi ultimi assume un sicuro rilievo quello svolto dalla *European Commission for the Efficiency of Justice*, organismo istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa e deputato al monitoraggio ed al miglioramento dello stato della giustizia dei Paesi contraenti.

Le ricerche del CEPEJ sono state trasfuse, con riferimento ai dati raccolti nell'anno 2016, nella settima edizione (anno 2018) del rapporto "*European judicial systems. Efficiency and quality of justice*"[17], nonché in un database dinamico, denominato CEPEJ-STAT[18]. Tra i vari ambiti di tale importante studio si è preso in considerazione quello avente per oggetto le cause civili e commerciali di primo grado. In questo contesto, le ricerche del CEPEJ partono dalla rilevazione, per ogni cento abitanti dello Stato considerato, del numero di processi incardinati nel corso dell'anno di riferimento (*incoming cases*), di quello relativo alle pendenze ancora in essere (*pending cases*) e di quello avente ad oggetto le vertenze giudicate (*resolved cases*).

Sulla base di questi parametri vengono elaborati due importanti indicatori. Il *Clearance Rate* (CR) mostra "*how the judicial system is coping with the in-flow cases*" e consiste nel risultato percentuale ottenuto dividendo il numero dei casi decisi nel periodo di riferimento con l'ammontare di quelli introdotti nello stesso lasso di tempo: un CR superiore al 100% implica una positiva capacità di risposta da parte del sistema giudiziario, in grado di risolvere un numero maggiore di cause rispetto a quelle incardinate; per converso, un CR inferiore alla soglia indicata fa emergere una situazione opposta. Il *Disposition Time* (DT), invece, "*compares the total number of pending cases at the end of the year with the number of resolved cases*" e misura (in giorni) il lasso di tem-

po teoricamente necessario per la risoluzione di una vertenza, alla luce dello stato attuale del carico di lavoro relativo a quello Stato; è ottenuto moltiplicando per il coefficiente 365 il quoziente della divisione operata tra il numero dei *pending cases* e quello dei *resolved cases* di uno stesso periodo di riferimento[19].

4. (Segue) Il quadro comune e la situazione italiana

Il dato *European median* che risulta da questi studi mostra un valore di 2,39 *incoming cases*, di 65,45 *pending cases* e di 2,18 *resolved cases*[20]: sulla base di tali parametri il CR ed il DT mediani sono pari rispettivamente al 100% ed a 192 giorni; i due indicatori sono invece pari, in termini di media aritmetica, al 101% e a 233 giorni[21].

Esaminando il dato nostrano è possibile rilevare che il quadro di riferimento è incentrato su 2,57 *incoming cases*, 4,096 *pending cases* e 2,91 *resolved cases*.

Gli indici calcolati sulla base di questi dati si discostano, significativamente ed eloquentemente, dalla media. Il CR, infatti, è ben superiore sia di quello mediano sia di quello medio e si attesta al 113,2%. L'indicatore è altresì maggiore di quello relativo alla maggior parte dei Paesi aderenti all'UE: a titolo esemplificativo si possono riferire i dati riguardanti l'Austria (102%), la Francia (99%), la Germania (102,7%), la Grecia (99,1%), la Norvegia (101,5%), la Polonia (98,8%), il Portogallo (112,3%), la Repubblica Ceca (110%), la Romania (102,0%), la Spagna (103,1%) o la Svezia (99,3%)[22]. Un dato, quello rivelato dagli studi CEPEJ che farebbe ben propendere verso una visione ottimistica dell'attuale stato della giustizia civile italiana, capace di far fronte alle richieste di giustizia provenienti dalla società civile.

Un entusiasmo, tuttavia, che non può che essere frenato di fronte a due considerazioni. In primo luogo l'indice CR italiano risulta avere un trend negativo nel corso degli anni[23]. Inoltre, il DT nostrano è pari a 514 giorni, a fronte di una media impietosamente attestata sui 233 giorni e di un dato me-

[17] *European judicial systems - Efficiency and quality of justice. CEPEJ studies no. 26, 2018 Edition* (2016 data).

[18] Entrambi consultabili liberamente alla pagina web <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/evaluation-of-judicial-systems>.

[19] Le formule di calcolo dei due indicatori sono esplicitate in *European judicial systems cit.*, 237 ss.

[20] Giova ricordare che l'*European median* non rappresenta il dato medio aritmetico (*average*). L'*European judicial systems cit.*, 10, chiarisce infatti che il primo rappresenta infatti "*the middle point of a set of ordered observations. The median is the value that divides the data supplied by the countries concerned into two equal groups so that 50 % of the countries are above this value and 50 % below. When there is an odd number of observations, the median is the value that is just in the middle of these two groups. The median is sometimes better to use than the average, as it is less sensitive to extreme values. The effect of the extreme values is then neutralised*".

[21] Cfr. *European judicial systems cit.*, 248 e 250, nonché il CEPEJ-STAT.

[22] Non mancano, tuttavia, Stati con un CR maggiore di quello italiano, come quello slovacco (CR pari al 132%), quello finlandese (124,8%) ovvero quello croato (118%); al di fuori dell'area UE, l'unico Paese con un CR maggiore di quello italiano è la Bosnia-Erzegovina (115%).

[23] Il CR italiano, infatti, era pari al 118% per i dati raccolti nel 2010, al 131% per i dati del 2012 ed al 119% per i dati relativi al 2014.

diano pari a 192 giorni. Il divario è particolarmente significativo se si prendono in considerazione i DT dei Paesi sopra richiamati. Escludendo dal raffronto il dato greco, ove l'indicatore è di 610 giorni, gli altri Stati presentano un indice decisamente inferiore di quello italiano: quello austriaco è pari a 133 giorni, quello francese a 353 giorni, quello tedesco a 196 giorni, quello norvegese a 161 giorni, quello polacco a 225 giorni, quello portoghese a 289 giorni, quello ceco a 153 giorni, quello romeno a 153 giorni, quello spagnolo a 282 giorni e quello svedese a 164 giorni[24]. Nonostante il risultato raggiunto dal nostro Stato sotto tale angolo visuale sia decisamente negativo, è opportuno ricordare che, inversamente a quanto rilevato con riferimento al CR, l'indice DT si trova in un *trend* discensionale e, pertanto, positivo per la durata dei giudizi[25].

Alla luce di questa sintetica disamina, ciò che suscita diversi interrogativi in relazione alla situazione italiana è il raffronto tra i due indicatori. Si è visto *supra*, infatti, che l'indice CR risulta particolarmente positivo. Ci si aspetterebbe, pertanto, che l'alto grado di *performance* raggiunto dal nostro sistema processuale sia in grado di influenzare positivamente l'indice DT, conducendo automaticamente ad una minor durata dei giudizi esaminati. Ciò, tuttavia, è smentito dalle rilevazioni richiamate. È spontaneo, allora, chiedersi quale sia la ragione di questa discrasia. Ancora una volta, non si può che rimarcare come lo scopo e la natura di questo scritto non siano la sede più consona per abbozzare una risposta del tutto esaustiva. Tuttavia, non sfugge un dato significativo, rappresentato dai *pending cases* del nostro Stato: il numero di controversie pendenti al 31 dicembre dell'anno di riferimento è, difatti, pari a 4,096 unità ogni cento abitanti, a fronte di una media di 1,6 e di un dato mediano di 1,2 unità[26]. Si tratta del dato peggiore realizzato dai Paesi presi in considerazione dal CEPEJ, tanto da quelli appartenenti all'UE tanto da quelli extracomunitari, con la sola eccezione della Bosnia-Erzegovina[27]. Si può ricordare, nel campione preso a riferimento, che esso si attesta a 0,3608 per l'Austria, a 2,4302 per la Francia, a 0,8758 per la Germania, a 2,2514 per la Grecia, a 0,1586 per la Norvegia, a 1,892 per la Polonia, a 2,6604 per il Portogallo, a 1,445 per la Repubblica Ceca, a 2,906 per

la Romania, a 1,7102 per la Spagna, nonché a 0,2665 per la Svezia. Peraltro è opportuno osservare che, come nel caso del DT, anche i *pending cases* italiani sono interessati da un positivo *trend* di decremento[28].

5. Riflessioni conclusive

Il quadro così tracciato consente di delineare una situazione composita.

Da un lato emerge un contesto operativo caratterizzato da un notevole grado di efficienza che, sebbene interessato da un *trend* negativo, pare essere capace di fronteggiare le istanze provenienti dalla società civile con un grado di *performance* che rende onore agli sforzi profusi da ogni categoria coinvolta nel sistema-giustizia. Dall'altro ci si trova in presenza di un arretrato di dimensioni tali da rallentare notevolmente la durata dei giudizi e da frustrare il meritorio sforzo di cui sopra, nonostante sia possibile scorgere un *trend* positivo nella prospettiva diacronica tanto sul piano della durata dei processi tanto su di quello delle pendenze arretrate.

Volendo tentare un semplice - ma significativo - esperimento si potrebbe provare ad ipotizzare un dimezzamento dei *pending cases*, italiani portandoli dalle attuali 4,096 unità per cento abitanti a 2,096 unità. Utilizzando la formula adoperata per il calcolo del DT (quoziente risultante dalla divisione tra il numero di *pending cases* ed il numero di *resolved cases*, moltiplicato per 365) avremmo un ipotetico indicatore pari a 262,9 giorni. Un ottimo risultato, considerato il reale DT italiano (pari, come si è detto, a 514 giorni), ma ancora superiore alla media, che, come visto, si attesta su di un lasso di tempo di 233 giorni. In altri termini, anche a voler considerare come percorribile nel breve periodo una riduzione pari addirittura al 50% di tutte le pendenze civili e commerciali il sistema processuale italiano impiegherebbe per la definizione delle liti un lasso di tempo comunque superiore a quello medio dei Paesi considerati dallo studio del CEPEJ. Una considerazione, questa, che - pur nella sua semplicità - consente di prendere atto dello stato di affanno della giustizia italiana sotto il profilo della ragionevole durata dei giudizi.

[24] Il DT italiano, peraltro, è superiore anche rispetto a quello totalizzato dai Paesi extracomunitari esaminati dal CEPEJ, con la sola eccezione della Bosnia-Erzegovina, ove il DT si attesta sui 574 giorni.

[25] Infatti il DT italiano era pari a 493 giorni nel 2010, a 590 giorni nel 2012 e a 532 giorni nel 2014.

[26] *European judicial systems* cit., 252, a cui si rinvia anche per gli ulteriori dati specificati *infra*. La media dei *pending cases* si è costantemente attestata sulle 1,8 unità nel 2010, nel 2012 e nel 2014; il dato mediano, invece, era pari a 1,3 unità nel 2010 e a 1,1 unità nel 2012 e nel 2014.

[27] Ove i *pending cases* sono di 7,2 unità ogni cento abitanti.

[28] Difatti, l'analisi condotta in Italia consente di osservare che sono stati rilevati ogni cento abitanti 6,3 *pending cases* nel 2010, 5,5 nel 2012 e 4,5 nel 2014 (i dati sono arrotondati all'unità).

LEALTÀ, PROBITÀ E SPESE PROCESSUALI

Violazione dei principi di lealtà e probità: ricadute sulle spese processuali

di Lucilla Galanti

DEL 5 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. La condanna alle spese prevista dall'art. 92 c.p.c. per la parte vittoriosa
3. La violazione dei principi di lealtà e probità processualmente rilevante rispetto alle spese
4. (Segue). Rilevanza della violazione dei canoni di lealtà e probità concomitanti (o precedenti) alla proposizione della domanda
5. Le (residuali) conseguenze nei confronti del difensore
6. Conclusioni

1. Introduzione

La violazione dei principi di lealtà e probità è tema (ovviamente) amplissimo; considerarlo in relazione alle ricadute sulle spese processuali permette di circoscriverlo a tre principali aspetti: individuazione della disciplina delle spese in caso di violazione dell'art. 88 c.p.c.; delle condotte che rientrano in tale violazione; della ricaduta che, in via residuale, può determinarsi in capo al difensore.

2. La condanna alle spese prevista dall'art. 92 c.p.c. per la parte vittoriosa

La violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall'art. 88

c.p.c. trova una espressa conseguenza di ordine economico nell'art. 92, 1° comma, seconda parte, c.p.c.: indipendentemente dalla soccombenza, la parte può essere condannata al rimborso delle spese, anche non ripetibili, cagionate all'altra da tale violazione.

Dall'inosservanza dell'art. 88 c.p.c. scaturisce quindi una delle eccezioni al principio di soccombenza^[1]; tale «deviazione»^[2] risponderebbe ad una regola di «responsabilità civile»^[3], o, secondo una diversa interpretazione, individuerebbe una vera e propria sanzione^[4]. Non vi è univocità nemmeno rispetto all'individuazione del fondamento della disposizione, che secondo alcuni sarebbe di natura

[1] Tale «criterio fondamentale di disciplina delle spese giudiziali» viene talvolta posto «da parte per la esistenza di giusti motivi [...] o per la inosservanza del dovere di lealtà e probità», oltre che attenuato «dalla superfluità o dalla eccessività della erogazione»: V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., Napoli, 1961, 252.

[2] Rispetto alla regola della soccombenza, «le disposizioni contenute nel successivo art. 92, costituiscono altrettante deviazioni», coesistendo con il criterio generale «altri, succedanei, da applicarsi solo se emergano determinati presupposti, previsti dall'art. 92, e rilevabili d'ufficio»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in E. Allorio (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, I, 986-987. La disposizione, anziché una «eccezionale deroga alla inscindibilità del nesso soccombenza-condanna nelle spese», determina una «esteriorizzazione del principio per il quale la condanna alla rifusione delle spese è conseguenza esclusiva della violazione dei doveri di lealtà e/o probità processuale»: F. Cordopatri, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 879; ove pure si precisa che «l'ormai conclamato sganciamento della condanna alla rifusione delle spese dalla soccombenza intesa come mero fatto oggettivo svuota la regola *victus victori* di qualsiasi intento sanzionatorio».

[3] Al di là del principio di soccombenza, l'art. 92 pone una regola di «responsabilità civile per la parte»: *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 91; e di responsabilità «di natura aquiliana» parla P. Pajardi, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959, 129.

[4] Infatti, l'art. 88 si pone tra le norme alla cui violazione consegue, nel nostro ordinamento, «una sanzione nei confronti di comportamenti abusivi»: G. Canale, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1036. Quale sanzione per un contegno abusivo, v. F. Cordopatri, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 259 ss. In tal senso, «[l]a condanna alle spese della parte sleale o improba è dalla dottrina maggioritaria ricondotta nell'alveo della responsabilità processuale con funzione sanzionatoria»: P. Perlingieri, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 2011, 1312.

soggettiva, ispirandosi al «criterio della colpa»^[5], ma non è mancata una lettura oggettiva, espressiva del principio di causalità^[6]; in questo senso, a determinare la condanna sarebbe una condotta «*obiettivamente* non improntata alla lealtà e alla onestà»^[7]. Sulla base del principio di causalità, peraltro, si giustifica il rimborso delle spese anche se non ripetibili^[8], in quanto originate dalla slealtà o improbità dell'altra parte.

Di fronte ad una violazione dell'art. 88 c.p.c. si ritiene che per il giudice sorga un vero e proprio dovere di derogare al principio di soccombenza. La discrezionalità, cioè, sarebbe limitata all'individuazione della fattispecie, ma non delle re-

lative conseguenze; dunque, laddove ravvisi che la parte vittoriosa si sia resa inadempiente al dovere di lealtà e probità, il giudice dovrebbe (e non *potrebbe*) imporre la relativa condanna alle spese^[9]. La giurisprudenza, però, tende a ravvisare un potere propriamente discrezionale^[10], pure escludendo la necessità di una domanda di parte^[11].

A fronte della sanzione che l'art. 92 c.p.c. collega alla violazione dei principi di lealtà e probità, possono trascurarsi i dubbi circa la precettività della norma, la quale avrebbe proprio la funzione di elevare alla giuridicità^[12] le regole del «gioco» processuale, conferendo dignità, appunto giuridica, al «divieto di barare» di cui parlava Calamandrei^[13].

[5] In tal senso, «l'art. 92, 1° comma, allorché dispone che il giudice, indipendentemente dalla soccombenza, può condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione a dovere di cui all'art. 88, essa ha causato all'altra parte», è ispirato «[a]d un terzo criterio, diverso da quelli fondati sulla soccombenza e sulla causalità», e, cioè quello « della *colpa*, il quale è ulteriormente qualificato mediante il riferimento al dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88»: V. Andrioli, *Commento*, cit., 258-259. Il criterio della colpa è richiamato anche da G. Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali*, II ed., Roma, 1935, 326.

[6] La regola dell'art. 92 si ispirerebbe «al principio di causalità» per C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 1004. Sul punto, v. F. Carnelutti, *Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 241.

[7] Come spiega l'A., «il riferimento all'art. 88 deve intendersi nel senso che sottostanno alla disposizione in esame le spese che ad una parte sono cagionate dalla condotta dell'altra *obiettivamente* non improntata alla lealtà e alla onestà, ossia da una condotta processuale non conforme alla regola della buona fede che è una condizione obiettiva, distinta dalla coscienza di agire in un certo modo»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 1004.

[8] In tal senso, «[l]a piena ed esclusiva applicazione del principio di causalità implica che il rimborso comprenda anche le spese non ripetibili»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 1004-1005.

[9] Seppure sia «diffusa l'opinione, sorretta da una confusa giurisprudenza» che le disposizioni di cui all'art. 92 «siano applicabili dal giudice con la massima discrezionalità: nel senso che egli non è mai tenuto a disapplicare il criterio della soccombenza, ma, ricorrendo le ipotesi da esse indicate, può farlo *se voglia*», deve «escludersi la discrezionalità del giudice nell'adottare l'uno o l'altro criterio, che è obbligatorio seguire, posto che si realizzi la fattispecie normativa»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 986-987. A venire in rilievo è, dunque, un «*potere-dovere* [...] di disapplicare il principio della soccombenza»: «[l]a discrezionalità del giudizio concerne l'individuazione della fattispecie, non l'applicazione della regola correttiva del principio, una volta che sia stata accertata la possibilità di applicarla»: ivi, 1001-1002, nonché 1004-1005. Dunque, «riconosciuta la violazione dei doveri in esame, il Giudice non potrà esimersi dalla condanna alle spese ai sensi dell'art. 92 c.p.c.»: P. Perlingieri, *Abuso*, cit., 1312.

[10] La giurisprudenza si pone nel senso di una facoltà discrezionale, ritenendo che «per la violazione dell'art. 88 c.p.c., il giudice possa procedere all'imposizione del carico delle spese anche non ripetibili causate alla controparte, indipendentemente dalla soccombenza»: Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 2019, n. 12165; cfr. Cass. civ., sez. VI, 8 novembre 2018, n. 28633.

[11] Si afferma che, rispetto agli artt. 88 e 92 c.p.c., la «scorrettezza processuale con ricadute sulla regolamentazione delle spese» «è resa sanzionabile d'ufficio»: Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 2019, n. 12165; cfr. Cass. civ., sez. VI, 8 novembre 2018, n. 28633.

[12] Poiché i requisiti della lealtà e probità si fondano su una valutazione schiettamente morale, «ciò sembra - almeno a prima vista - dar ragione a chi finisce col negare che la norma in discorso abbia un proprio contenuto giuridico»; se le regole a cui l'art. 88 si riferisce «fossero quelle stesse del processo, non abbisognerebbero della norma in esame»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 959 e 961. Tuttavia, come precisa l'A., proprio nel «generico aggancio a criteri d'ordine morale va cercato il contenuto giuridico della norma, con la quale in sostanza, il legislatore ha voluto elevare tutto un complesso di regole che sono «del gioco» perché *non* sono, o non possono essere, regole del processo (e neppure del diritto) ad autonomo criterio di applicazione di regole giuridiche». Il dubbio sulla giuridicità della norma è superato anche in giurisprudenza, ove pure si afferma che l'art. 88 sia «norma senz'altro di rilievo giuridico, essendo collocata nello stesso codice di rito [...] si dà poter parlare di una vera e propria norma imperativa di comportamento, non certo meramente programmatica»: T. Trieste, 10 agosto 2015.

[13] P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, II, 493. L'A. mette in rilievo che «le norme del diritto processuale segnano soltanto certe direttive assai elastiche» e «costituiscono nel processo una specie di cornice, entro la quale può spaziare il potere dispositivo delle parti: solo nell'osservanza di queste regole marginali l'attività delle parti è giuridicamente vincolata; ma nello spazio bianco l'attività è essenzialmente libera». È in vista di tale attività libera che l'art. 88 impone il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità: si tratta, come precisa l'A., della «la lealtà *nel giuoco*», di fronte alla quale «non è permesso barare»; dunque, «[i]l processo non è soltanto scienza del diritto processuale, non è soltanto tecnica della sua applicazione pratica, ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra la elegante e pregevole maestria dello schermidore accordo e i goffi tranelli del truffatore». Si tratta di una metafora poi ripresa, in risposta, da F. Carnelut-

3. La violazione dei principi di lealtà e probità processualmente rilevante rispetto alle spese

Venendo al secondo punto, si tratta di valutare come dalla giurisprudenza sia declinato tale divieto di barare nella sua applicazione pratica^[14].

Sotto un primo profilo, ad emergere è un dovere di verità e completezza.

L'esistenza di un tale obbligo è assai discussa in dottrina^[15].

Oltre a contrastare con il ruolo svolto dalla parte, appunto intrinsecamente parziale^[16], esso avrebbe una «singolarissima struttura»: il suo adempimento varrebbe per nuocere alla

parte stessa «quando la verità è contraria al suo interesse, ma non potrebbe mai giovarle quando la verità è contraria all'interesse dell'avversario»^[17]. Si mette in rilievo che nel nostro sistema processuale la verità dovrebbe scaturire, al più, dal contraddittorio^[18], mentre il giudice non ha alcun dovere di «credere» alle parti, dovendo fondare la decisione non su fatti meramente affermati, siccome veri, bensì su quelli che emergano come dimostrati in ottemperanza alla regola dell'onere della prova^[19].

D'altro canto, sul piano deontologico^[20], ove pure si preveda un analogo dovere di lealtà e probità^[21], non è parallela-

ti, *Gioco e processo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953, III, 1 ss., in part. 6, in cui pure si afferma che, «[c]ome all'esistenza di regole o al «fair play» non è, entro certi limiti, contraria l'astuzia dei giocatori, così, entro certi limiti, è inevitabile anzi desiderabile la furberia dei litiganti».

^[14] A fronte della complessità di ricostruzione dell'ambito applicativo della norma, non si è mancato di rilevare che la sua concretizzazione possa assumere contenuto soltanto sulla base di una formulazione esemplificativa, seppure gli esempi tratti dalla giurisprudenza «non possono essere richiamati che con molte riserve, essendo evidente che solo il giudice che concretamente opera in un determinato processo è in grado di cogliere le tante sfumature su cui può fondarsi la sua valutazione del comportamento della parte sotto il profilo della lealtà»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 962-963.

^[15] L'esistenza di un dovere di verità e completezza, insieme allo speculare divieto di omissione e menzogna, è assai discusso in dottrina. Come sottolinea V. Andrioli, *Commento*, cit., 243-244, «[l]o svolgimento dei lavori preparatori dimostra come all'obbligo di dire la verità [...] sia stato sostituito il dovere di comportarsi con lealtà e probità»; il dovere di lealtà e probità è l'erede del dovere di verità previsto da vari progetti precedenti all'entrata in vigore del codice (in particolare, dai progetti Chiovenda, Carnelutti e Solmi). Dunque, «non si può certo fondare sul dovere di lealtà e di probità un obbligo della parte di dire il vero o di produrre documenti, contro il proprio interesse (*nemo tenetur edere contra se*): S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 291; e distingue un «diritto di non mostrare le carte» a fronte di un divieto di barare anche Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 134. L'art. 88 «non include - anzi, indirettamente esclude - un preteso dovere della parte di dire la verità»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 960. La stessa prospettiva è autorevolmente condivisa dalla dottrina attuale, ove analogamente si esclude che l'art. 88 imponga l'obbligo di rendere dichiarazioni veritiere: v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 638; nonché Id., *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e adr?*, in *Corr. giur.*, 2014, 1263, ove espressamente si sottolinea come, «pur a fronte di alcune (sempre più diffuse, ma un poco apodittiche e non ben temperate) aspirazioni della dottrina a favore della previsione di un dovere quantomeno di non mentire consapevolmente», «del dovere di verità non si è avuto mai alcun riconoscimento positivo». Sull'esistenza di un ampio dovere di verità si v., invece, M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, 436, per il quale la relativa «violazione può consistere in un'aperta menzogna o in un'omissione palese», «nella scarsa chiarezza o nella genericità della dichiarazione», come pure in una «reticenza» a fronte dell'«obbligo di completezza»: ivi, 759. In termini più moderati, non si è mancato di ravvisare un «dovere di verità e completezza», quale divieto per la parte «di allegare fatti [...] che essa sa [...] non rispondenti al vero» o «una ricostruzione fattuale consapevolmente e fraudolentemente reticente»: A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile, Parte prima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 506 e 509-511. Quindi, «qualunque comportamento che non implichi l'affermazione di cose che si sa essere false (o di servirsi di prove di cui si conosce la falsità) [...] non si può considerare come una violazione dell'art. 88»: M. Taruffo, *Abuso del processo*, in *Contr. Impr.*, 2016, 840.

^[16] Il dovere di completezza o verità «contrasterebbe con lo stesso concetto di parte, poichè a chi è parte non può chiedersi di essere completo», se non snaturandone lo stesso ruolo: G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1463-1464. Dunque, «non si può pretendere che la medesima parte fornisca anche gli elementi ad essa sfavorevoli»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 960.

^[17] P. Calamandrei, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Opere giuridiche*, Roma, rist., 2019, I, 352; come rileva l'A., «la parte avrebbe il dovere di dire la verità anche se questa le nuoce, ma non il diritto di esser creduta quando questa le giova. Tutto questo è, evidentemente, un assurdo».

^[18] In tal senso, «la verità, nel processo, scaturisce dal contraddittorio»: G. Scarselli, *Sul c.d. abuso*, cit., 1463-1464.

^[19] Un dovere di verità sarebbe, infatti, «inconciliabile» con il sistema probatorio: «[c]he nel processo civile a tipo dispositivo, la parte dica o non dica la verità, è, dal punto di vista del diritto probatorio, assolutamente indifferente, perché il giudice non solo non ha il dovere di credere a quanto la parte afferma, ma anzi ha il dovere di non credervi»; dunque, «la menzogna della parte non è pericolosa per il giudice, perché egli della veridicità delle parti può, e deve, disinteressarsi»: P. Calamandrei, *Sul progetto preliminare Solmi*, cit., 351-352.

^[20] Ed anche senza considerare che l'illecito deontologico rappresenta «un campo più grande, all'interno del quale è compreso, in una relazione di *genus a species*, la violazione del principio di lealtà e probità»: «non tutto ciò che costituisce illecito deontologico costituisce infrazione dell'art. 88 c.p.c.»; v. G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 94.

^[21] L'art. 9 prevede infatti che l'avvocato debba esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza.

mente imposto un dovere di verità assoluto, viceversa circoscritto dall'art. 50 ad aspetti ben precisi[22]; tale dovere, peraltro, è da coordinare anche con il perseguimento dell'interesse del cliente, in conformità al (potenzialmente confligente) obbligo di fedeltà[23].

La giurisprudenza, tuttavia, non manca di sanzionare con la condanna alle spese ai sensi dell'art. 92 la violazione dell'obbligo di verità e completezza. Innanzitutto, rispetto alla scorretta ricostruzione della fattispecie, quantomeno laddove non sia conseguita un'invalidità del processo[24]; inoltre, con riguardo al richiamo giurisprudenziale incompleto, erroneamente addotto a proprio vantaggio[25]. In senso contrario, però, merita sottolineare che pure la dottrina propensa a ravvisare un dovere di completezza tenda ad escluderlo rispetto

all'attività di interpretazione normativa e casistica; la quale potrebbe rilevare, al più, come violazione del dovere di competenza del difensore, ma non di lealtà e probità[26].

L'art. 88 c.p.c. viene declinato anche rispetto ad un dovere di cooperazione.

Esso si esprime nella collaborazione al sollecito svolgimento del processo, che richiede la tempestiva presa di posizione sui fatti di causa e la chiarificazione degli aspetti che siano rimasti oscuri[27]. Ci si può chiedere se in quest'ottica possa leggersi pure il principio di sinteticità[28]; esso, espressamente sanzionato sul piano delle spese rispetto al giudizio di cassazione dal protocollo d'intesa del 2015[29], viene in effetti richiamato a più riprese dalla giurisprudenza[30].

La giurisprudenza, poi, tende a sanzionare ai sensi dell'art.

[22] L'art. 50 del codice deontologico, intitolato «[d]overe di verità», riguarda il divieto di introduzione e utilizzo di prove, elementi di prova e documenti falsi, di rendere false dichiarazioni su fatti di cui si abbia diretta conoscenza suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento, e il dovere di indicare i provvedimenti (anche se di rigetto) già ottenuti in riferimento ad uno stesso fatto (prevedendo la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni e, nell'ultimo caso, dell'avvertimento).

[23] Ai sensi dell'art. 10 del codice deontologico, intitolato «[d]overe di fedeltà», l'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa. Poiché tra i doveri del difensore vi è quello di non compiere atti pregiudizievoli per il proprio assistito, «non è pensabile imporre [...] un dovere di completezza nelle allegazioni»: G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 106.

[24] È sintomatica di tale atteggiamento Cass. civ., sez. VI, 29 agosto 2014, n. 18429, la quale, in un'ipotesi di litisconsorzio necessario non individuato da parte attrice, ha ritenuto di poter sanzionare con la condanna alle spese ai sensi dell'art. 92 per violazione di un dovere di verità il convenuto che, in quanto coniuge del comproprietario, litisconsorte pretermesso, in base ad un ordinario canone di diligenza avrebbe potuto rilevare il vizio evitando l'invalida prosecuzione del processo.

[25] Sul punto, v. T. Verona, 9 novembre 2016, che ha ritenuto contrario al dovere di lealtà e probità il comportamento processuale della parte, consistito nel riportare in maniera incompleta i passi salienti delle decisioni, traendone le conseguenze previste in tema di spese per l'art. 88.

[26] In tal senso, «il diritto-dovere dell'avvocato di desumere dai fatti di causa certe conseguenze giuridiche, o l'applicazione di certe norme, od infine il rispetto di certi orientamenti giurisprudenziali» non può rappresentare un comportamento «in violazione dei doveri di lealtà e probità»: «la violazione del dovere di competenza non sembra poter configurare anche una violazione del dovere di lealtà e probità»; v. G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 98. In effetti, pure chi ammette un dovere di verità, lo esclude con riferimento all'attività interpretativa: «il divieto di menzogna [...] può riferirsi esclusivamente alle narrazioni relative all'esistenza o all'inesistenza di fatti storici, non all'interpretazione dei fatti medesimi o delle disposizioni di legge»: M. Gradi, *op. cit.*, 759.

[27] I principi di lealtà e probità posti a carico delle parti, insieme al generale principio di economia, impongono alle parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa: v. Cass. civ., sez. II, 23 luglio 2018, n. 19490; cfr. T. Alessandria, 14 agosto 2019, n.627; T. Biella, 8 maggio 2019, n.181. Nel senso che l'avvocato deve «collaborare lealmente con gli altri soggetti del processo (giudice, controparte e suo difensore)» v. anche T. Trieste, 10 agosto 2015, cit. Rispetto alla mancata risposta a richiesta di documentazione da parte del c.t.u. e mancata esibizione di documenti, v., invece, T. Mondovì, 22 marzo 2010; e «il possesso di documenti rilevanti per la decisione, che dimostravano immediatamente l'insussistenza [...] degli addebiti» non solo «non prodotti in giudizio», ma di cui è stata taciuta «finanche l'esistenza» è stato valorizzato da T. Lucca, 22 gennaio 2014, come violazione dell'art. 88.

[28] V. T. Milano, ord., 1° ottobre 2013, che ha aderito all'applicazione dell'art. 92 di fronte ad atti «sovrabbondanti». In tal senso, si afferma che «la violazione dei canoni di chiarezza e sinteticità» può integrare «un abuso nel processo»: G. Canale, *La violazione*, cit., 1034. La dottrina si è però mostrata contraria all'applicazione della condanna alle spese di fronte ad atti che non rispettino la brevità, e si è autorevolmente affermato che «l'applicazione dei criteri di sinteticità e di chiarezza non debba passare attraverso metodi sanzionatori, ma debba percorrere la via, seppure più lunga e ardua, della progressiva educazione dei difensori alla sobrietà»; senza contare che, in caso contrario, «le spese finiscono a carico delle parti», non responsabili della redazione delle difese: P. Biavati, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte. Un percorso necessario*, in *Judicium*, 2017, 147; cfr. anche Id., *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 467.

[29] Nel Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria, sottoscritto a Roma il 17 dicembre 2015, si prevede infatti che il mancato rispetto dei limiti dimensionali sia «valutabile ai fini della liquidazione delle spese del giudizio».

[30] V. Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29081. Si mette tuttavia in rilievo che, laddove la sinteticità sia declinata «unicamente in regole volte a imporre limiti dimensionali, da valutare anche soltanto ai fini della liquidazione delle spese del giudizio» si mortifica l'«arte del persuadere»: I. Pagni, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, 2785.

92 le attività processuali poste in essere a soli fini dilatori^[31]; ma non si manca di rilevare che un vantaggio abusivo possa derivare anche dalle attività processuali volte a sorprendere e a cogliere alla sprovvista la controparte^[32], in particolar modo con iniziative unilaterali alle quali siano eccezionalmente riconosciuti effetti al di fuori dell'esplicarsi del contraddittorio. Proprio in tali ipotesi, d'altro canto, ritiene possa sorgere un dovere di verità sanzionabile anche chi, per il resto, nega la sua esistenza^[33].

4. (Segue). Rilevanza della violazione dei canoni di lealtà e probità concomitanti (o precedenti) alla proposizione della domanda

Ci si deve chiedere se concreti attività sanzionabile ai sensi dell'art. 92 anche l'attività posta in essere in violazione dei principi di lealtà e probità consistente nella stessa proposizione della domanda.

La fattispecie della domanda lesiva dei principi di lealtà e probità, in effetti, è alla base della diversa previsione dell'art. 96 c.p.c., che sanziona la lite temeraria: in giurisprudenza non si dubita che l'art. 96, co. 3 rappresenti strumento rivolto «a sanzionare la violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall'art. 88 c.p.c.»^[34].

Di fronte ad un sostrato comune, il discrimine tra le due norme sarebbe allora rappresentato dalla soccombenza: mentre le conseguenze previste dall'art. 92 riguardano anche la domanda fondata, l'art. 96 si applica laddove emerga la sua infondatezza. La violazione dei doveri di lealtà e probità non determina per ciò stesso anche una responsabilità aggravata: l'art. 96 sanziona una violazione dei parametri di lealtà e probità qualificata, presupponendo, con la soccombenza, una condizione oggettiva ulteriore rispetto a quella prevista dall'art. 88^[35]. In tal senso, il rapporto tra l'art. 92 e il 96 è «chiaro», «mentre il primo colpisce la temerarietà della li-

[31] In tal senso, v. Cass. civ., sez. un., 20 agosto 2010, n. 18810, per la quale una condotta processuale caratterizzata dalla ripetuta contestazione «della giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quella ordinaria e di quest'ultima in favore della prima, in simmetrica opposizione alle scelte della controparte», con pregiudizio della ragionevole durata del processo, è idonea a concretizzare la clausola generale del cit. art. 88 c.p.c., con conseguente applicazione dell'art. 92 c.p.c., comma 1, ultima parte. Più di recente, v. C. App. Bologna, sez. III, 10 febbraio 2017, n. 356, la quale ha confermato l'applicazione dell'art. 92 c.p.c. di fronte alle «ripetute eccezioni» sollevate nel corso del giudizio (aventi a oggetto «la difficoltà di lettura e interpretazione dei verbali scritti a mano in udienza da uno dei difensori di controparte nonché le contestazioni circa la non conformità della trascrizione dattiloscritta dei suddetti verbali insieme con la richiesta di risentire i testimoni a conferma delle precedenti dichiarazioni rese»), «nel complesso, in violazione dei doveri di cui all'art. 88 c.p.c.». D'altro canto, neppure la dottrina dubita che si sia in presenza di un'attività sanzionabile qualora la parte tenti di «mandare in lungo il processo con istanze che sa infondate, e che sono proposte non per vederle accolte, ma unicamente per guadagnare quel tempo che l'avversario dovrà spendere nel contrastarle e il giudice nel respingerle»: P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., 498-499. Nei casi in cui gli atti siano realizzati «con il preciso scopo di raggiungere una finalità diversa - e di regola dilatoria - da quella voluta del sistema» emerge un comportamento in violazione all'art. 88 c.p.c.: v. G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 127 ss.

[32] In tal senso, possono rappresentare una violazione dei principi di lealtà e probità anche «gli espedienti per accelerare, o addirittura strozzare, il processo», spesso utilizzati «al di là dei fini previsti dalla legge» per «cogliere l'avversario alla sprovvista»: P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., 501-502.

[33] In tal senso, un dovere di verità viene ritenuto eccezionalmente sussistente solo nelle ipotesi in cui «le dichiarazioni delle parti, per la loro stessa esistenza, possono costituire presupposto per l'emanazione di un provvedimento giudiziale», chiedendo «al giudice l'emanazione di un provvedimento *inaudita altera parte*, ovvero un provvedimento da rendersi senza la previa instaurazione del contraddittorio»: G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 118-120; cfr. Id., *Sul c.d. abuso*, cit., 1465. Infatti, «qualora eccezionalmente il sistema consente l'emanazione di un provvedimento prima dell'instaurazione del contraddittorio, la parte istante è tenuta a non omettere circostanze di fatto o mentire sí da indurre il giudice in errore»: P. Perlingieri, *Abuso*, cit., 1311.

[34] In tal senso, v. Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22405; cfr. Cass. civ., sez. lav., 2 agosto 2019, n. 20844. Nel senso che la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. sia «volta a salvaguardare finalità pubblicistiche, correlate all'esigenza di una sollecita ed efficace definizione dei giudizi, nonché a sanzionare la violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall'art. 88 c.p.c.» v. anche Cass. civ., sez. II, 3 luglio 2019, n. 17871; Cass. civ., sez. II, 3 settembre 2019, n. 22042. Nel medesimo senso, nella giurisprudenza di merito, v. T. Roma, sez. XVII, 8 gennaio 2019, n. 402; T. Alessandria sez. lav., 10 gennaio 2019, n. 6; T. Milano, 28 febbraio 2015.

[35] In tal senso, mentre rispetto all'art. 92, «la soccombenza non è un requisito per la realizzazione della fattispecie», «tutti i fatti e tutti gli atti che determinano responsabilità aggravata comportano anche infrazione al dovere di lealtà e probità»: sul punto, v. G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 92, 136, 144-145. Tuttavia, non si è nemmeno mancato di ritenere non meritevole di approvazione la considerazione per la quale nella responsabilità aggravata sarebbe da ravvisare «la principale, o quanto meno una delle sanzioni comminate dalla legge per il comportamento sleale»: «[a] parte l'inesistenza di un richiamo o di un collegamento diretto tra la norma in esame e quella dell'art. 96 (richiamo o collegamento che è invece presente negli artt. 92, 116 e 175 cod. proc. civ.) ed a parte il rilievo che la sanzione della responsabilità aggravata è ricondotta ad un comportamento autonomamente descritto nel medesimo art. 96, è decisivo che quest'ultimo comportamento concerne non già il *come* la parte agisce ed opera nel processo, ma più direttamente e specificamente il *se* della sua attività processuale, ossia l'agire o il resistere nel giudizio considerato nella sua globalità e sinteticità, come, cioè, esercizio del diritto di azione; esercizio che diventa illecità in quanto per la consapevolezza di aver torto, si pone in contrasto con le finalità per le quali l'ordinamento riconosce il diritto di azione»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difen-*

te a prescindere dalla soccombenza, il secondo contiene una ulteriore sanzione a carico del soccombente temerario»[36]. Le norme, allora, consentono di modulare le conseguenze applicabili di fronte ad un diverso livello di gravità della condotta. L'art. 92 reprime una violazione attenuata rispetto a quella, più grave, sanzionata dall'art. 96[37]; se nell'ambito di quest'ultimo la condanna alle spese segue la soccombenza, mentre la sanzione deve ravvisarsi nel risarcimento dei danni, l'art. 92, a fronte della condotta sleale posta in essere dalla parte vittoriosa, impone un dovere di rifondere le spese ma non, anche, quello di risarcire (ulteriori) danni[38]. Su tali basi, se in astratto non può escludersi che la violazione dell'art. 88 c.p.c. possa emergere anche dalla proposizione di una domanda lesiva dei principi di lealtà e probità, ma fondata - e, in effetti, la giurisprudenza non ha escluso di poter applicare in tali casi la condanna prevista dall'art. 92 c.p.c.[39] -, la giurisprudenza più recente tende a nega-

re rilevanza ad una tale condotta, ritenendo che la violazione sanzionata dall'art. 92 per rinvio all'art. 88 c.p.c. attenga a condotte processuali poste in essere dopo l'instaurazione del giudizio[40], e, dunque, i soli atti successivi alla domanda[41].

Che però possa essere sanzionata con la condanna alle spese anche un'attività concomitante, o addirittura pregressa, all'instaurazione del processo emerge se solo si consideri la disciplina della mediazione.

In tale ambito, se l'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010 dispone una particolare forma di condanna alle spese della parte vittoriosa, la norma fa salva la previsione dell'art. 92[42]; e la giurisprudenza ne ha fatto applicazione nei confronti della parte non soccombente che, con una condotta gravemente negligente ed in contrasto col dovere di lealtà, si sia rifiutata di partecipare al procedimento di mediazione[43].

In ogni caso, poi, rigettata la domanda di responsabilità ag-

sori, cit., 963 e 1034. In tal senso, «i criteri di lealtà e probità nell'art. 92 si estrinsecano in relazione al modo con il quale la difesa è espletata»: V. Andrioli, *Commento*, cit., 268.

[36] V. Andrioli, *Commento*, cit., 267. In tal senso, ai casi di lite temeraria «la cui ingiustizia è più completa, perché sta nell'animo stesso del litigante: la temerità è la coscienza dell'ingiusto, dell'aver torto», sono accostati «casi intermedi, in cui la lite non è per essa stessa temeraria, ma può essere o non essere, secondo le condizioni soggettive del litigante»: G. Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali*, II ed., Roma, 1935, 328-330. La coscienza, o mala fede, non viene necessariamente in considerazione nell'applicazione dell'art. 92, che riguarda le spese, mentre l'indagine sulla medesima è essenziale in tema di danni», e, cioè, rispetto all'art. 96: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 1004.

[37] Un comportamento «che il sistema pone oltre e c.d. regole del gioco, tanto da obbligare chi lo tiene non solo alla refusione delle spese ma anche al risarcimento dei danni prodotti, non potrà non considerarsi contestualmente anche quale condotta illegittima ai sensi dell'art. 88 c.p.c.»: G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 135.

[38] Invero, «la legge vigente riconosce al vinto soltanto il diritto al rimborso delle spese che derivino dalla violazione del dovere di lealtà e probità [...]: non il risarcimento dei danni»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 1033. Tuttavia, non si manca di rilevare che, rispetto alle spese non ripetibili, la condanna si estende «ad una sorta di risarcimento del danno subito dalla controparte per lo meno con riferimento al danno emergente»: G. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 144-145. Sul punto, v. G. Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali*, cit., 326: quando la lite rappresenta «un fatto colposo» le spese sono dovute «a titolo di danni», intendendosi che siano dovute «pel principio ordinario del risarcimento dei danni», «quando dalla natura stessa della lite emergano le condizioni subiettive del litigante».

[39] Cass. civ., Sez. VI, 24 aprile 2015, n. 8381 ha ritenuto che il frazionamento della domanda si ponga come condotta lesiva «del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza», «contraria ai principi del giusto processo», potendo determinare conseguenze in ordine alla «valutazione dell'onere delle spese». Per un'estensione anche alla fase preprocessuale, v. P. Pajardi, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959, 131.

[40] V. Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2018, n. 29409. Nel caso di specie, si contestava la mancata pronuncia di condanna alla rifusione almeno in parte delle spese del giudizio, ai sensi degli artt. 88 e 92, in presenza di un indebito frazionamento del credito; la Corte, però, ha affermato che «l'ipotesi di condanna alle spese "indipendentemente dalla soccombenza", di cui all'art. 92 e 88 c.p.c., riguarda comportamenti sleali o scorretti tenuti «in giudizio» (così l'art. 88 cit.) e non le scelte, in sé anteriori al processo, inerenti alle modalità di realizzazione di diritti reiteratamente maturati nel corso del tempo». Nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. lav., 31 ottobre 2018, n. 27970.

[41] In tal senso, sarebbe «difficile sostenere che il comportamento [...] di cui parla l'art. 88, riguardi anche la proposizione della domanda; a stare all'espressione usata dalla legge è incontestabile che essa si riferisca all'attività svolta durante il processo»: C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., 1034; cfr. G. Vanacore, *Il dovere processuale di lealtà e probità e le espressioni sconvenienti ed offensive: riflessioni sugli artt. 88 e 89 c.p.c.*, in *Resp. civ.*, 2011, 337.

[42] Il D. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, all'art. 13, co. 1, prevede infatti che quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta di mediazione, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute in seguito dalla parte vincitrice che l'ha rifiutata, condannandola al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nello stesso periodo, e facendo comunque salva l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c.

[43] V. Trib. Roma, sez. XIII, 30 novembre 2017, n. 22475. Si trattava nel caso di specie di una causa instaurata contro un Comune per i danni derivati dall'insufficienza del sistema fognario; e, a fronte della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione introdotto su ordine del giudice «senza for-

gravata proposta ai sensi dell'art. 96, la parte (per il resto) vincitrice non è esonerata dalla condanna ai sensi dell'art. 92 in presenza di una violazione dei principi di lealtà e probità^[44].

5. Le (residuali) conseguenze nei confronti del difensore

Una notazione finale deve riservarsi al destinatario della sanzione prevista dall'art. 92 c.p.c., che è la parte processuale, e non, invece, il difensore. Seppure la violazione sia (almeno ordinariamente) connessa ad un'attività "tecnica", la condanna alle spese giudiziali viene posta in capo alla parte, così sanzionata per un comportamento esclusivamente imputabile all'avvocato^[45]. In effetti, non si manca di sottolineare l'ingiustizia di un sistema in cui l'autore della violazione diverge dal soggetto sul quale, invece, incombono le relative conseguenze; seppure tale assetto venga solitamente giustificato per rinvio alle norme sul mandato, non si nascondono

perplexità nell'estendere la responsabilità del mandante fino all'illecito del mandatario^[46].

Se, da un lato, non sono mancate prospettive favorevoli ad introdurre una (per lo più avversata) responsabilità diretta del difensore^[47], non si manca però di rilevare che, già allo stato, un correttivo per la parte può essere ravvisato nelle ordinarie regole della responsabilità professionale: il danno cagionato al cliente che l'avvocato può essere tenuto a risarcire a fronte della sua condotta negligente, infatti, non è escluso possa essere anche quello che alla parte vittoriosa sia derivato dalla condanna al pagamento delle spese per l'illecita violazione dell'art. 88 c.p.c.^[48]. D'altro canto, la mancanza di una regola espressa non ha impedito alla giurisprudenza di riconoscere una responsabilità diretta del difensore.

Innanzitutto, nel caso in cui il mandato manchi o sia inesistente. Poiché, in tale ipotesi, l'avvocato viene a ricoprire anche il ruolo di parte processuale, egli è destinatario di tutte le

nire alcuna giustificazione [...], nonostante al primo incontro ne siano seguiti altri due proprio al fine di favorire la partecipazione di tutte le parti», la mancata adesione è stata ritenuta «particolarmente grave»: «in linea generale, perché disattende, senza alcuna giustificazione, l'ordine, legittimamente dato, del Giudice: che il mancato rispetto dell'ordine impartito dal Giudice ai sensi dell'art. 5 co. II della legge integri colpa grave - se non dolo- non è seriamente contestabile», e, «[i]n particolare, nel caso che ci occupa, perché [...] le parti avrebbero potuto raggiungere, senza difficoltà, un accordo utile per tutte». Di conseguenza, il Tribunale ha ritenuto che «l'inottemperanza, ingiustificata, delle parti al provvedimento del giudice ex art. 5, co. 2, d.lgs. n. 28/2010 [...] costituisce sempre una grave inadempienza, dalla quale ben può discendere, secondo le circostanze del caso, l'applicazione della sanzione di cui al terzo comma dell'art. 96 c.p.c.», nel caso di specie preclusa in mancanza di soccombenza; tuttavia, poiché «la partecipazione al procedimento conciliativo è un valore a sé stante», che prescinde dal merito, la non soccombenza «è fattore non elidente la colpa (grave) dell'ostruzionismo nei confronti delle virtuose pratiche conciliative» apprestate dall'ordinamento, potendosi applicare l'art. 92, co. 1, seconda parte.

^[44] Sul punto, v. Cass. civ., sez. II, 13 settembre 2019, n. 22952. La Corte, se da un lato ha escluso che nel caso di rigetto della domanda ai sensi dell'art. 96 possa versarsi in un'ipotesi di soccombenza reciproca, idonea a consentire la compensazione delle spese, in ragione dell'accessorietà della domanda e nell'assenza della necessaria integrale soccombenza del preteso litigante temerario, tuttavia ha anche affermato che «non dovrebbero sorgere ostacoli ad una condanna ai sensi dell'art. 92, seconda parte, c.p.c., a carico dell'istante per responsabilità aggravata, ex art. 96 c.p.c., ove, a sua volta, abbia trasgredito al dovere di cui all'art. 88 c.p.c.».

^[45] Si mette in rilievo lo «strano sistema per il quale, mentre l'illecito processuale lo commette il difensore, la sanzione e i danni li pagano le parti che a quel difensore hanno dato mandato»: G. Scarselli, *Sul c.d. abuso*, cit., 1468; «[e]scluso il caso assolutamente teorico che la violazione di un tale dovere venga perpetuata dalla parte personalmente in seno all'interrogatorio libero o formale, in ogni altra ipotesi una tale violazione sarà commessa proprio dal difensore quale soggetto che compie gli atti del processo»: Id., *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, 144-146.

^[46] Ad un tale fine, si esclude la rilevanza delle regole del mandato: «se taluno incarica un professionista perché questo faccia valere in giudizio un suo diritto, appare fin troppo ovvio che il mandato non può comprendere anche la possibilità che il difensore violi i principi deontologici e venga meno al dovere di lealtà e probità», mentre «responsabile della violazione non potrà che essere il difensore»: G. Scarselli, *Le spese giudiziali civili*, cit., 147.

^[47] Si afferma infatti che «l'abuso andrebbe ascritto al difensore più che alla parte [...] in una prospettiva di riforma dell'art. 88 c.p.c.»: G. Scarselli, *Sul c.d. abuso*, cit., 1454-1455. Sulle trascorse prospettive di riforma, v. A. Merone, *Responsabilità aggravata e solidale del difensore: una nuova idea di difesa tecnica?*, in *Judicium*, 1-2. Non manca nemmeno chi ritiene che ai fini della configurazione della responsabilità dell'avvocato «potrebbero essere fondatamente predicate la esauritività e la sufficienza della disposizione di cui all'art. 88 c.p.c.»: F. Cordopatri, *Un principio in crisi: victus victori*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 279.

^[48] Se la mancanza di una regola che ponga la responsabilità in capo all'avvocato per comportamenti in violazione degli artt. 88, 89 e 96 potrebbe essere «poca cosa» a fronte della possibilità per la parte «rivalersi con separato giudizio contro il difensore» (v. G. Scarselli, *Sul c.d. abuso*, cit., 1468-1469), si mette però pure in rilievo che «la giurisprudenza, sia «piuttosto indulgente nei confronti dei difensori, i cui errori [...] vengono prevalentemente scusati»: F. Cipriani, *Errori nella difesa e responsabilità del difensore*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 7 e 12. Sul punto, v. P. Calamandrei, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Opere*, cit., II, 379; F. Carnelutti, *Rimendi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, II, 57 ss. Sulla responsabilità dell'avvocato (nella specie, per omessa proposizione di impugnazione) la cui affermazione richiede, oltre al non corretto adempimento dell'attività professionale, il danno, la riconducibilità dell'evento produttivo di danno alla condotta, e il potenziale conseguimento, alla stregua di criteri probabilistici, di un esito favorevole, v. Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4742.

conseguenze del processo e, dunque, anche della eventuale condanna alle spese di cui all'art. 92[49].

Inoltre, e soprattutto, laddove la condanna alle spese, a fronte della violazione dei principi di lealtà e probità, sia pronunciata nei confronti dell'avvocato, direttamente ed in solido con la parte[50].

Infine, ed anche al di là delle spese, si è ritenuto che l'avvocato possa essere chiamato, nel successivo giudizio risarcitorio, a rispondere dei danni causati con la condotta sleale ed improba tenuta nel (precedente) giudizio di merito[51].

6. Conclusioni

Di fronte all'ampia applicazione dell'art. 92 c.p.c. in caso di violazione dei principi di lealtà e probità - come si è visto, possibile non solo nei confronti della parte processuale bensì dello stesso difensore - emerge la rilevanza che l'art. 88 c.p.c. assume nel promuovere un ideale di «comune rettitudine» processuale[52]; se non già in positivo, almeno come strumento dissuasivo delle condotte che, proprio in quanto lesive di tali principi, si espongono alla condanna alle spese.

[49] Sul punto, v. Cass. civ., sez. un., 10 maggio 2006, n.10706, ove si è affermato che «in materia di disciplina delle spese processuali, nel caso di azione o impugnazione promossa dal difensore senza effettivo conferimento della procura da parte del soggetto nel cui nome egli dichiara di agire nel giudizio o nella fase di giudizio di che trattasi (sulla base dunque di una procura inesistente o, ad esempio, falsa, o rilasciata da soggetto diverso da quello dichiaratamente rappresentato o per processi o fasi di processo diverse da quello cui l'atto è speso), l'attività del difensore non riverbera alcun effetto sulla parte e resta attività processuale di cui il legale assume esclusivamente la responsabilità e, conseguentemente, è ammissibile la sua condanna a pagare le spese del giudizio; diversamente, invece, nel caso di invalidità o sopravvenuta inefficacia della procura *ad litem*, non è ammissibile la condanna del difensore alle spese del giudizio, in quanto l'attività processuale è provvisoriamente efficace e la procura, benchè sia nulla o invalida, è tuttavia idonea a determinare l'instaurazione di un rapporto processuale con la parte rappresentata, che, assume la veste di potenziale destinataria delle situazioni derivanti dal processo». Analoghi principi sono affermati anche nella giurisprudenza più recente. Si v. Cass. civ., sez. VI, 28 maggio 2019, n.14474, per la quale a fronte di procura rilasciata a margine dell'atto di appello per «ogni stato e grado», non è parso possibile affermare una «mera nullità, piuttosto che la radicale inesistenza, risolvendosi un siffatto contenuto non già nella mera inosservanza di requisiti di contenuto-forma della procura, bensì nella identificazione di un atto ontologicamente diverso da quello richiesto. In senso analogo, a fronte dell'insussistenza del potere rappresentativo speso dal difensore, il giudizio «vede come unico soccombente lo stesso difensore - e non anche la parte da lui nominata - essendo l'atto di conferimento della c.d. rappresentanza tecnica, nella specie mancante», con la conseguenza che «la condanna alle spese va pronunciata a carico del difensore stesso, quale unica controparte dei controricorrenti nel giudizio di legittimità»: Cass. civ., sez. I, 6 aprile 2018, n.8570. Ancora, in «mancanza di procura [...] rettamente il Tribunale ne ha pronunciato la condanna alle spese»: Cass. civ., sez. VI, 16 maggio 2018, n.11930; allo stesso modo, in presenza di un ricorso inammissibile per mancanza di valida procura, «la condanna alle spese va pronunciata a carico del difensore stesso, quale unica controparte del controricorrente nel giudizio di legittimità»: Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2018, n.6661.

[50] Nel senso che sia ammissibile la condanna del difensore in solido con il cliente, a fronte della violazione dell'art. 88, per malafede e macroscopica imprudenza (si trattava di una pretesa formulata anche a fronte del giudicato intervenuto su un decreto ingiuntivo non opposto), v. T. Cagliari, 11 luglio 2008, n. 2247. Analogamente, v. T. Reggio Emilia, 4 giugno 2007, in cui, rispetto all'art. 94 si è affermato che, seppure «l'applicazione della norma è stata sinora limitata alla rappresentanza sostanziale», «il tenore letterale della disposizione non impedisce di estenderne la portata anche al difensore (che rappresenta nel processo la parte e la assiste nella difesa), soprattutto quando questo non riceve un semplice mandato *ad litem* ma ottiene dal soggetto patrocinato poteri sostanziali di disporre della controversia»; nel caso di specie, i difensori avevano «dapprima, agito nel processo esecutivo e, in seguito, resistito nell'opposizione e avanzato domanda riconvenzionale, in totale mancanza della normale prudenza [...] con condotte e difese palesemente errate e gravemente nocive per il loro stesso assistito», «il quale, stante anche il tecnicismo della materia, ben difficilmente può aver suggerito una simile linea difensiva» (nel caso di specie, erano stati aggrediti beni «costituiti in fondo patrimoniale da 14 anni senza preventivamente sincerarsi dell'esistenza di vincoli di impignorabilità», «negato a più riprese le risultanze degli atti (pubblici) dagli stessi prodotti», «basato su un presupposto inesistente [...] una domanda risarcitoria»; «pretestuosamente (e assurdamente) sostenuto la carenza di legittimazione attiva»). Si v. anche C. App. Torino 13 settembre 2006, che, a fronte della soccombenza per tardività dell'impugnazione, ha ritenuto d'individuare nel difensore il destinatario della condanna, in quanto responsabile della soccombenza.

[51] T. Trieste, 10 agosto 2015, cit., ha condannato l'avvocato (che però aveva anche un interesse in causa) in solido a risarcire il danno causato dalla condotta in violazione dell'art. 88. Si trattava nella specie di un danno causato nel pregresso giudizio di merito, in cui era stata, tra l'altro, proposta un'azione di usucapione «per il padre soltanto, dichiarando e portando testimoni sul fatto che» egli solo «usava il bene», «senza fare un qualsivoglia cenno alla» (ben diversa) «situazione di fatto»; ritenendo così violati «i doveri di lealtà e verità [...] in quanto - se è vero che gli avvocati non possono ritenersi concii coi propri clienti, ove questi sostengano tesi più o meno consapevolmente infondate - è altrettanto vero che anche l'avvocato deve rispettare il vero, se lo conosce»; infine concludendo che, «le suindicate condotte illecite abbiano causalmente determinato un danno [...] rispetto al quale la odierna convenuta deve essere chiamata a rispondere quale coobbligata in solido».

[52] In tal senso, l'art. 88 rappresenta «un espresso richiamo», con una portata «morale» e «pedagogica», ad un «dovere di buona fede processuale, il quale dovrebbe essere prima nel costume che nella legge», configurandosi come «norma di comune rettitudine»: P. Calamandrei, *Sul progetto preliminare Solmi*, cit., 350. Il «ruolo centrale» della norma «nell'odierna valorizzazione della buona fede processuale delle parti» è messa in rilievo altresì da A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile, Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 522.

DOCUMENTO INFORMATICO E VALORE LEGALE

Il valore legale di un documento informatico

Spunti di riflessione a margine dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19155 del 17.07.2019 su e-mail ed SMS nel processo

di Elisa Giardini

DEL 6 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Le nuove tecnologie informatiche e le prove
3. Uno spunto di riflessione: l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19155/2019. L'SMS come riproduzione meccanica ex art. 2712 c.c.
4. Segue: il disconoscimento dell'SMS
5. L'acquisizione dell'SMS e la privacy. Cenni
6. La piattaforma ed app Whatsapp. Cenni
7. Sull'efficacia probatoria dell'e-mail
8. Conclusione

1. Introduzione

Lo sviluppo tecnologico e digitale cui si assiste oramai, in continua progressione ed in maniera esponenziale, già da alcuni anni, ha certamente avuto conseguenze nei rapporti interpersonali ed ha agevolato la comunicazione tra i soggetti, ma ha anche fatto emergere nuovi interrogativi nel diritto, ed in particolare nel diritto processuale civile e nella prova nel processo, invitando dottrina e giurisprudenza a studiare il valore legale dei documenti c.d. informatici.

2. Le nuove tecnologie informatiche e le prove

Come possono essere considerati quei fatti che entrano nel processo e che vengono supportati, nell'istruttoria, tramite strumenti tecnici e/o tecnologici che ne curano o ne fissano la riproduzione (il riferimento è al *computer* e all'e-mail, ovvero al telefono cellulare, allo *smartphone* e dunque alla messaggistica SMS, alle immagini MMS e ad altre applicazioni e piattaforme *chat*), non conosciuti prima dall'ordinamento e non nominati, con i quali - nel tempo - si sono do-

vuti e si devono giornalmente confrontare gli operatori del processo?

L'introduzione e l'impiego di nuove tecnologie informatiche, nei rapporti tra i soggetti giuridici, privati e non, ha comportato l'emergere di nuove prove e/o mezzi di prova non nominati ed atipici o i nuovi strumenti di "supporto" di fatti e atti giuridici rientrano nel catalogo di prove e mezzi di prova già nominati e tipici? E con quali effetti?

Nessuna norma regola in specifico l'uso dei messaggi sul cellulare, le *chat* su *whatsapp* o la posta elettronica (se si esclude quella certificata) quali prove tipiche. Eppure il loro impiego nel processo è sempre più diffuso e frequente ed anche la giurisprudenza ne ha preso atto.

3. Uno spunto di riflessione: l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19155/2019. L'SMS come riproduzione meccanica ex art. 2712 c.c.

Lo spunto di questa breve indagine è legato al recente intervento della Corte di Cassazione che, con ordinanza [n. 19155](#)

del 2019[1], ha riconosciuto e statuito che gli “*short message service*” (meglio noti come gli SMS ovvero il servizio di messaggistica breve)[2], pur non riconducibili alla scrittura privata[3], rientrano nelle riproduzioni meccaniche di cui all’art. 2712 c.c.[4] e, dunque, formano prova tipica e piena dei fatti e delle cose (in essi) rappresentate, se colui contro il quale sono prodotti non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime.

La fattispecie rispetto alla quale la Cassazione si è pronunciata è, in particolare, relativa ai rapporti di credito sorti in ambito familiare[5], e prende il via dall’opposizione, presentata da un padre separato nei cui riguardi era stato emesso un decreto ingiuntivo dal Giudice di Pace di Mantova, relativo alle somme sostenute dall’ex coniuge, madre del minore, per le spese straordinarie (*rectius*: retta dell’asilo nido) chieste a rimborso *pro quota*.

I giudici d’appello del Tribunale, nel rigettare l’opposizione al decreto ingiuntivo, rilevano come gli SMS prodotti dalla madre del bambino[6] e a lei inviati dal padre facessero emergere l’adesione e la non contestazione del mittente, il padre del minore appunto, all’iniziativa dell’iscrizione alla scuola da parte della madre, e dunque all’esborso che questa aveva affrontato, e ad accollarsi, quindi, metà della quota dovuta, nell’interesse del figlio.

L’opponente non aveva contestato l’invio ed il contenuto dei messaggi e non aveva eccepito alcunché se non, tardivamente, nella sola comparsa conclusionale.

Non è stata ritenuta persuasiva la difesa del padre, promossa oltre i termini di legge, che contestava l’attribuibilità e riferibilità certa a lui, quale autore (perché comunque i messaggi SMS erano stati riprodotti meccanicamente dalla controparte, erano privi di una sua sottoscrizione e del numero

di cellulare dell’emittente e del destinatario). La Cassazione nel decidere si è riportata ad analoghi e recenti suoi orientamenti[7], sempre del medesimo tenore, in forza dei quali è stato ribadito che gli SMS, quali scritture *sui generis*, contengono la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti e sono, appunto riconducibili non a meri dati indiziari ma, in maniera tipica, all’art. 2712 c.c., facendo piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se non adeguatamente contestati.

Si assiste, con la Cassazione, ed in questo caso, ad una inversione della prova di un fatto storico: non è l’autore dello scritto a dovere dimostrare l’invio ed il ricevimento del messaggio SMS, ma è il destinatario, vista la producibilità dell’SMS, a dovere dimostrare la non rispondenza alla realtà di contenuto o fatti, e lo deve fare in maniera convincente e puntuale, potendo - di contro - il giudice riconoscere sistematica valenza a quanto nel messaggio riferito o basarsi su altri elementi di conferma, comunque acquisiti ad istanza di parte.

4. Segue: il disconoscimento dell’SMS

Infatti, occorre rilevare come l’opponente (che pure aveva contestato gli SMS solo con la comparsa conclusionale) si fosse difeso, sostenendo che già all’udienza di prima comparizione avesse comunque formalmente contestato “tutte le produzioni della [...]”, con l’impiego di un’espressione ritenuta dal giudice una formula di stile[8] e non una contestazione qualificata.

Anche sul punto si è espressa la Cassazione: se è corretto dire che il documento informatico fa piena prova se non ne viene contestata la conformità ai fatti e alle cose ivi rappresentate, secondo i giudici, per il disconoscimento, pur non sogget-

[1] Cass. Civ., sez. 1, ord. n. 19155 del 17.07.2019, in Il Sole24Ore, Guida al Diritto, 2019, 33, p. 104.

[2] Ma anche i messaggi di posta elettronica, come *infra*.

[3] Per propria caratteristica di documento cartaceo, scritto, datato, sottoscritto.

[4] Il riferimento normativo è all’art. 2702 c.c. rubricato «Efficacia della scrittura privata» ai sensi del quale «La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta» e all’art. 2712 c.c., rubricato “Riproduzioni meccaniche” per cui “Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fotografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

[5] Si era, naturalmente, in una fase patologica dei rapporti familiari.

[6] In giudizio era stata prodotta la trascrizione di tre messaggi.

[7] Cass. Civ., sez. 2, ord. n. 5141 del 21.02.2019, in Ced, Cassazione, 2019. Nella fattispecie veniva in questione il disconoscimento della conformità ad alcuni SMS della trascrizione del loro contenuto. Ma anche Cass. Civ. n. 11606/2018 come oltre cit.

[8] Il Trib. di Mantova ha dato rilievo al contenuto degli SMS, ritenuti di chiaro tenore, soprattutto il primo, in ordine all’impegno del padre di accollarsi la metà delle spese relative alla retta dell’asilo nido, osservando che l’invio ed il contenuto di tali messaggi non erano stati contestati dell’opponente, comparso personalmente all’udienza di prima comparizione, senza rilevare alcunché, se non tardivamente ed inammissibilmente con la comparsa conclusionale. Così Cass Civ., sez. 1, ord. n. 19155/2019, cit.

to ai limiti e alle modalità di cui all'[art. 214 c.p.c.](#) (ma tenendo ben presenti gli effetti di cui all'[art. 115 c.p.c.](#)), non è sufficiente una generica contestazione, essendo contra necessari elementi chiari, circostanziati ed espliciti^[9] che dimostrino la non corrispondenza tra la realtà fattuale e quella riprodotta^[10] e una volontà difforme dell'agente.

Precisa, poi, la Suprema Corte che l'eventuale disconoscimento della conformità ai fatti o alle circostanze rappresentate nel documento non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall'[art. 215, comma 2 c.p.c.](#)

Nel caso dell'[art. 215 c.c.](#), in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, infatti, la scrittura non può essere utilizzata, mentre nella fattispecie esaminata e nei casi del documento informatico, non si può escludere che il giudice possa accertare comunque aliunde la rispondenza all'originale anche attraverso altri mezzi di prova allegati dalla parte, comprese le presunzioni^[11], e valutarne l'efficacia secondo il suo prudente apprezzamento^[12], a meno che la legge non disponga altrimenti^[13] e non fissi già ex ante l'efficacia della prova.

5. L'acquisizione dell'SMS e la privacy. Cenni

E cosa accade, invece, se l'SMS non è destinato a colui che produce o ne allega il contenuto nel proprio interesse, ma è conservato sul dispositivo altrui (sul cellulare, ad es.) ed è acquisito senza il consenso di chi lo detiene, ai fini della prova in giudizio?

L'impiego dell'SMS come strumento di prova di fatti^[14] è di frequente impiego, sempre di più nell'ambito dei rapporti fami-

gliari, anche quando una delle due parti intenda servirsene per dare prova del mancato rispetto di doveri, impegni e obblighi, sorti ad esempio dal matrimonio (come, nella maggioranza delle ipotesi esaminate, quello di fedeltà coniugale) o nei rapporti di lavoro (ove ricorrono analoghe considerazioni per l'e-mail). Si fa qui un cenno soltanto a quanto ha statuito un giudice di merito^[15], in una causa di separazione personale: il coniuge può produrre gli SMS acquisiti dal cellulare dell'altro, facendo scattare l'addebito per infedeltà, sulla prova della relazione extraconiugale intrattenuta dall'altro coniuge prima della separazione, a nulla rilevando, nella fattispecie, le contestazioni della resistente in merito all'inutilizzabilità delle produzioni documentali del marito, a testimonianza della violazione dell'obbligo di fedeltà, acquisite a dispetto della legge sulla *privacy* e sulla tutela della corrispondenza.

Il vincolo del matrimonio "ed il contesto di coabitazione e di condivisione di spazi e strumenti di uso comune quale quello familiare", implicano, infatti, per il giudice di Roma, un affievolimento della sfera della *privacy* ed un'implicita manifestazione di consenso alla conoscenza di dati e di comunicazioni anche di natura personale e non sarebbe illecito entrare nella disponibilità della conversazione altrui, anche se sul cellulare lasciato incustodito nello spazio comune dell'abitazione familiare e dunque facilmente leggibile.

In parziale controtendenza il Tribunale di Aosta^[16], a mente del quale "i messaggi SMS dei quali risulti prodotta la trascrizione, per loro natura non possono ritenersi di provenienza certa da parte del soggetto titolare del cellulare emittente, essendone accertabile soltanto la provenienza da uno ad altro

[9] Elementi che andranno allegati dalla parte che contesta.

[10] In particolare ciò deve valere (Cass. Civ., sez. 6 1, ord. [n. 3680 del 7.02.2019](#), in Ced, Cassazione, 2019) "nel vigore del novellato [art. 115 c.p.c.](#), a mente del quale la mancata contestazione specifica di circostanze di fatto produce l'effetto della *relevatio ad onere probandi* [...] spetta al giudice del merito apprezzare, nell'ambito del giudizio di fatto al medesimo riservato, l'esistenza ed il valore di una condotta di non contestazione dei fatti rilevanti, allegati dalla controparte». Si veda anche Cass. civ. sez. L, [n. 17526 del 2.09.2016](#), in Ced, Cassazione, 2016. Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto generico il disconoscimento da parte del datore di lavoro dei dischi cronotachigrafici prodotti da un autotrasportatore come prova dello straordinario, non accompagnato dalla produzione in originale né da una allegazione del contenuto eventualmente diverso degli stessi.

[11] Cass. Civ. sez. L, [n. 3122 del 17.02.2015](#), in Ced, Cassazione, 2015. La S.C. ha confermato la sentenza impugnata laddove aveva ritenuto utilizzabile un DVD contenente un filmato, considerato che la parte aveva contestato del tutto genericamente la conformità all'originale della riproduzione informatica prodotta ed il giudice di merito aveva ritenuto l'assenza di elementi che consentissero di ritenere il documento non rispondente al vero. Conf.: Cass. Civ., sez. L, [n. 17526 del 2.09.2016](#), in Ced, Cassazione, 2016 e Cass. Civ., sez. 3, ord. [n. 1250 del 19.01.2018](#), in Ced, Cassazione, 2018.

[12] Cass. Civ. sez. 3, [n. 11892 del 10.06.2016](#), in Ced, Cassazione 2016.

[13] Cass. Civ. sez. L, [n. 13960 del 19.06.2014](#) in CED, Cassazione, 2014.

[14] A riportare il testo del messaggio può essere chi lo legge tramite prova testimoniale, ovvero tramite trascrizione.

[15] Trib. di Roma, sent. 6432 del 2016, In SmartLex - Il Sole24 Ore. Così anche per Corte d'Appello di Trento, n. 249 del 29.03.2015, in [www.lalleggepertutti.it](#): la prova del tradimento può essere data tramite la scoperta, sul cellulare, degli SMS dell'amante. Ma anche Trib. di Torino, 8.05.2013 in Centro studi giuridici di Mantova, [www.ilcaso.it](#), 2013, p. 9149, p. 1, che è arrivato financo ad ammettere la produzione in giudizio di messaggi telefonici e di posta elettronica ottenuti in violazione delle norme di legge sulla *privacy*. Secondo la pronuncia, il Codice di Rito non conterrebbe alcuna norma che vieti l'utilizzo di prove acquisite in modo illecito, rimettendosi al giudice, di volta in volta, decidere e bilanciare gli interessi in conflitto, *privacy* e diritto di difesa, in ordine all'ammissibilità o meno della prova, così acquisita.

[16] Sent. n. 279 del 21.10.2008, in SmartLex. - Il Sole 24 Ore.

apparecchio emittente, ma non l'autore, che potrebbe essere qualunque possessore o mero detentore del cellulare emittente. Allo stesso modo lo *screenshot*, che nella terminologia italiana va inteso non solo come processo che cattura l'area dello schermo e che la memorizza nel *buffer* di sistema, in modo da poterla trasferire in un documento, ma anche come operazione di memorizzazione della cattura della schermata in un *file*, in un'immagine riprodotta o nella composizione di un filmato da una sequenza di catture dello schermo, non vale a dare prova certa della provenienza delle dichiarazioni in esso contenute dal titolare dell'apparecchio da cui sono stati inviati i messaggi, soprattutto laddove il convenuto abbia in merito contestato l'agevole alterabilità del documento informatico e, comunque, il contenuto e la veridicità dei messaggi in esso contenuti".

Anche in questo caso il documento in parola, integrerà comunque mera riproduzione meccanica, in specie informatica, dei messaggi in esso contenuti e come tale sarà da valutarsi in applicazione del dettato dell'[art. 2712 c.c.](#)

6. La piattaforma ed app Whatsapp. Cenni

Solo un cenno, ancora, al fatto che la Corte di Cassazione si espressa ed ha ammesso valore legale di prova anche alle conversazioni e *chat* avvenute tramite *Whatsapp*[\[17\]](#), nota applicazione informatica di messaggistica istantanea[\[18\]](#) ed

alcuni giudici di merito (come Trib. di Catania, con sent. 27.06.2017[\[19\]](#), peraltro in una materia delicata e ricca di garanzie come quella del diritto del lavoro) hanno confermato l'idoneità ad assolvere al requisito della forma scritta al licenziamento di un lavoratore dipendente avvenuta tramite un messaggio inoltrato con detta applicazione e dato per ricevuto sulla prova della doppia spunta blu, poiché "se è vero che il licenziamento deve essere sempre intimato per iscritto, il datore di lavoro non ha l'obbligo di adoperare forme sacramentali, purché la sua volontà venga comunicata al lavoratore in modo chiaro e sufficientemente comprensibile per consentirgli, se lo ritiene, di difendersi ed opporsi[\[20\]](#)".

7. Sull'efficacia probatoria dell'e-mail

Qual è l'efficacia probatoria dell'e-mail? La giurisprudenza non ha dato risposte sempre univoche al quesito.

Rispetto ai messaggi di posta elettronica, bisogna evidenziare che il valore, giuridico e probatorio, di un documento informatico è sicuramente legato al tipo di firma che lo contraddistingue. Il Codice dell'Amministrazione digitale[\[21\]](#) consce, infatti, quattro tipologie di firma, e cioè: 1. la firma elettronica pura e semplice[\[22\]](#) o «leggera»; 2. la firma elettronica c.d. avanzata[\[23\]](#); 3. la firma elettronica c.d. qualificata[\[24\]](#) e 4. la firma digitale[\[25\]](#).

[\[17\]](#) Trib. di Ravenna, n. 231 del 10.03.2017 in SmartLex - Il Sole 24 Ore: è stata riconosciuta valenza probatoria di riconoscimento di debito al contenuto di conversazioni e messaggi scambiati tramite *Whatsapp*. Nella fattispecie, i giudici romagnoli hanno condannato una donna alla restituzione di alcune somme di denaro che l'ex amante le aveva prestato per l'acquisto di un'auto, basandosi sulle dichiarazioni contenute nelle *chat* di *Whatsapp*, depositate agli atti, nelle quali si evinceva chiaramente come la convenuta si fosse impegnata alla restituzione delle somme in questione all'uomo con il quale, all'epoca dei fatti, intratteneva una relazione sentimentale.

[\[18\]](#) Utilizzabile però in giudizio, solo con l'acquisizione del supporto telematico, necessaria per Cass. Pen., sez. 5, n. 49016 del 25.10.2017, in Ced, Cassazione, 2017, ove la S.C. ha ritenuto che i contenuti della *chat* (immagini, messaggi, registrazioni audio) rappresentino la memorizzazione di fatti storici e possano essere considerati alla stregua di una prova documentale ex [art. 234 c.p.p.](#), "subordinandone l'utilizzabilità all'acquisizione del supporto telematico o figurativo contenente la relativa registrazione, al fine di verificare l'affidabilità, la provenienza e l'attendibilità del contenuto di dette conversazioni" Così anche Cass. Pen., sez. 2, n. 50986 del 30.11.2016, in Ced, Cassazione, 2016 e Cass. Pen., sez. 5, n. 1822 del 16.01.2018 in Ced, Cassazione, 2018.

[\[19\]](#) Trib. di Catania, sez. L civ., ord. 27.06.2017, in Il Sole 24 Ore, Guida al Lavoro, 2017, 31, p. 27, nota di Failla: "il recesso intimato via *Whatsapp* appare idoneo ad assolvere l'onere di forma scritta prescritta dalla legge quando risulti incontestata la provenienza della comunicazione dal datore di lavoro». È stato ritenuto assolto il requisito della forma scritta anche per il licenziamento, intimato con lettera inviata come allegato ad un messaggio di posta elettronica (e-mail), il cui ricevimento non era stato contestato. Così, Cass. Civ., sez. L, n. 29753 del 12.12.2017 in Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2018, n. 6.

[\[20\]](#) Si legga, sul punto, anche "*Whatsapp*: validità in giudizio dei messaggi in *chat*", di Mercurio, in Diritto.it

[\[21\]](#) [D.lgs. n. 82 del 7.03.2005](#) e s.m.i. Si fa, in particolare, riferimento agli artt. 20 e 21 del CAD, norme la cui applicazione si estende anche ai rapporti tra privati, e non solo tra privati e PA, in virtù di quanto disposto dall'[art. 2, comma 3, dello stesso Codice](#).

[\[22\]](#) Definita dal CAD come l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici utilizzati come metodo di identificazione informatica.

[\[23\]](#) È una firma che è connessa unicamente al firmatario, idonea ad identificarlo, creata mediante dati per la formazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio controllo: è collegata ai dati sottoscritto in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di tali dati.

[\[24\]](#) È una firma elettronica avanzata creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche.

[\[25\]](#) È un particolare tipo di firma qualificata, basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica ed una privata, correlate tra loro, che consente al titola-

L'art. 20, comma 1 *bis* del CAD prevede che il documento informatico soddisfi il requisito della forma scritta ed abbia l'efficacia di cui all'art. 2702 c.c.[26], dunque della scrittura privata, qualora sottoscritto con firma digitale, qualificata o avanzata o, nel caso sottoscritto con firme elettroniche differenti, qualora rispetti gli standard tecnici individuati dall'AgID[27] con specifiche sue linee guida, ai sensi dell'art. 71, e cioè con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità ed immodificabilità del documento e, in maniera manifesta ed inequivoca, la sua riconducibilità all'autore.

Nei restanti casi (e tra questi rientra l'e-mail tradizionale) il valore probatorio del documento informatico è rimesso al libero giudizio ed apprezzamento del giudice, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità (nonché delle eventuali contestazioni di colui contro il quale viene prodotto).

In prima approssimazione (e così Corte di Cassazione [n. 5523/2018](#) cit. in una controversia di natura giuslavoristica) si è scritto che l'e-mail classica non assurge al rango di prova se è sprovvista di firma elettronica, non essendo dotata dei meccanismi di sicurezza necessari e sufficienti, in special modo, per avere certezza della riconducibilità al suo autore[28]. E questo sta a significare che in mancanza di altri elementi (come potrebbero essere le prove testimoniali o uno scambio di successivi messaggi di posta elettronica, anche in risposta a quello prodotto) a confermare la spedizione, mittente e contenuto possono essere facilmente contestabili

e potrebbe non esservi alcuna certezza che il messaggio, pur corrispondente al vero, sia stato spedito e/o trasmesso dal titolare dell'*account* e non da altro soggetto che possa essere riuscito a forzare l'accesso o essere entrato nella disponibilità di *password* e *user name*.

In maniera difforme si è espressa, invece, la Corte di Cassazione, ma con sentenza [n. 11606/2018](#), arrivando a statuire che anche il messaggio di posta elettronica costituisce un documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privi di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c.[29] e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime[30].

In particolare si cita anche l'art. 2719 c.c., che esige l'esplicito disconoscimento della conformità con l'originale delle copie fotografiche e fotostatiche di un documento[31], e si ribadisce che la norma è applicabile tanto all'ipotesi di disconoscimento della conformità della copia al suo originale quanto a quella di disconoscimento della autenticità di scrittura o di sottoscrizione.

Nel silenzio normativo sui modi e sui termini in cui deve procedersi, entrambe le ipotesi restano disciplinate dagli artt. 214 e 215 c.c., con la conseguenza che la copia fotostatica riproduttiva di una e-mail non autenticata, e cioè la stampa cartacea riproduttiva dell'e-mail scambiata e circo-

re tramite la chiave privata ed al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informativo o di un insieme di documenti informatici. La firma digitale è il risultato di una procedura informatica di validazione che consente al sottoscrittore di rendere manifesta l'autenticità del documento informatico ed al destinatario di verificare provenienza ed integrità.

[26] Si segnala, al riguardo, il disposto dell'art. 21, comma 2 *bis* del CAD con riferimento a requisiti di forma scritta *ex art. 2702 c.c.* per gli atti elencati dall'art. 1350 n. 1-13 c.c.

[27] *Rectius*: Agenzia per l'Italia Digitale, cioè l'agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio che ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana e contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica.

[28] Nella fattispecie, pur confermata la corrispondenza tra i messaggi e l'indirizzo di posta elettronica del lavoratore licenziato, non era stata accertata senza ragionevole dubbio la riferibilità degli stessi al loro autore apparente.

[29] Così come l'SMS.

[30] In questo senso Cass. Civ., sez. 6 2, ord. [n. 11606 del 14.05.2018](#), in Ced, Cassazione, 2018 ed anche Cass. Civ., sez. 3, ord. [n. 20294 del 26.07.2019](#) in Smart24Lex - Il Sole 24 Ore. Nel merito, Trib. di Roma, sez. 3, n. 6405 del 10.09.2018, in SmartLex - Il Sole 24 Ore, Trib. di Roma, sez. 3 civ. n. 225 dell'11.01.2010 in Il Sole 24 Ore, Mass. Rep. Lex24. Nello stesso senso, con riguardo ad una registrazione di conversazione su nastro magnetico, Cass. Civ., sez. 3, ord. [n. 1250 del 19.01.2018](#), in Ced, Cassazione 2018. *Contra* Cass. Civ., sez. L, [n. 5523 dell'8.03.2018](#), in Ced, Cassazione, 2018, cit. secondo cui "l'e-mail è documento informatico recante firma elettronica semplice, costituito - come detto anche sopra - dalla combinazione di *user name* e *password*, che consente l'associazione della stessa al titolare della casella di posta da cui il messaggio è spedito, documento non ridicibile all'art 21 del CAD che attribuisce l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. solo al documento sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata digitale, ma documento liberamente valutabile dal giudice *ex art. 20 CAD*, perché possa integrare il requisito della forma scritta, in relazione alle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità".

[31] E che è applicabile a tutte le forme di fotocopione di documenti scritti, o - per quanto qui sostenuto - anche informatici - che vogliono riproporre graficamente l'atto originale. La differenza rispetto all'art. 2712 c.c. sta nel fatto che in questo caso si riproduce il documento nella sua mera esterioresità, mentre nella fattispecie dell'art. 2719 c.c. si tratta della trasmissione di fatti attraverso un atto originale che giunge al destinatario in copia (come è il caso del fax).

lata sul pc, si ha per riconosciuta tanto nella sua conformità all'originale quanto nella scrittura o sottoscrizione, se non venga disconosciuta in modo formale ed inequivoco alla prima udienza o nella prima risposta successiva alla sua produzione^[32].

Nella fattispecie esaminata dalla Cassazione nel 2018 (si trattava, in quel caso, di rapporti commerciali e di impiego dell'e-mail come principio di prova scritta ovvero di riconoscimento di un debito), una società depositava ricorso per decreto ingiuntivo nei confronti di un'altra società, per sentirla condannare al pagamento di "strumentazioni di navi da diporto, ordinate da quest'ultima", ponendo a fondamento della propria domanda lo scambio di e-mail intercorso tra i due soggetti, con cui l'uno proponeva all'altro, che lo accettava, un piano di rientro per un credito scaduto. Il giudice d'appello, con sentenza poi confermata dalla Corte di Cassazione, ha ritenuto che lo scambio di e-mail, non contestate "quanto alla loro provenienza e al testuale contenuto" fosse idoneo a provare il rapporto commerciale intercorso tra le parti e, di conseguenza, il credito azionato con il decreto ingiuntivo^[33].

In linea con questo orientamento è da ultimo intervenuta, come abbiamo visto, la Corte di Cassazione con sentenza [n. 19155/2019](#), che ha parificato l'SMS e l'e-mail nella loro natura di riproduzioni informatiche, che fanno piena prova, se non contestate in maniera qualificata, e che restano comunque ed anche ove contestate liberamente valutabili dal giudice, se comunque "non confermate" o di contro "confermate" da altri elementi di prova.

8. Conclusione

Da questa disamina si può dunque concludere che i nuovi strumenti tecnologici di supporto della prova, pur se non conosciuti dal legislatore, sono diventati tipici ed utilizzatissimi nella prassi applicativa delle Corti, e con effetti importanti per le conseguenze che producono rispetto all'onere della prova ed all'onere di disconoscimento, in assenza di (garanzie di) contraddittorio nella formazione della prova. Chiaro, allora, il monito della Corte di Cassazione: "*Attenzione ai tasti che digitate: tutto ciò che scriverete, infatti, potrà essere usato contro di voi* (in tribunale e non solo!)"^[34].

[32] Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 3540 del 6.02.2019](#), in Ced, Cassazione, 2019. Ma anche Cass. Civ., sez. 6, ord. [n. 2374 del 4.02.2014](#) in Ced, Cassazione, 2014.

[33] In un'altra ancora Trib. di Prato, sent. 15.04.0211, in Foro Amministrativo, Giuffrè, Milano, CDS, 2011, 11, p. 3198 all'e-mail tradizionale, documento informatico dotato di firma elettronica c.d. semplice, dunque liberamente valutabile in giudizio tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, è stato attribuito valore idoneo a provare l'avvenuta tempestiva denuncia di vizi di un bene nell'ambito di una compravendita. Nel merito si leggano anche, Trib. di Milano, sez. 5 civ., n. 11402 del 18.10.2016 in [www.altalex.com](#); Trib. di Milano, 14.05.2014, in Centro studi giuridici di Mantova, [www.il-caso.it](#) 2014, p. 11351; Trib. di Termini Imerese, ord. 22.02.2015 in SmartLex - Il Sole 24ore; Trib. di Cuneo, decreto ingiuntivo n. 848 del 15.12.2013, ma anche Trib. di Mondovì, decreto ingiuntivo n. 375 del 7.06.2004 e Giudice di Pace di Pesaro, decreto ingiuntivo n. 598 del 2.11.2004, in [www.laleggepertutti.it](#).

[34] Così in "SMS ed email: attenzione a ciò che da oggi in poi si scrive", in [www.laleggepertutti.it](#).

CUSTODIA ED ESPROPRIAZIONE FORZATA IMMOBILIARE

Brevi note sulla riforma della riforma della custodia nel procedimento di espropriazione forzata immobiliare

di Beatrice Ficarelli

DEL 7 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Profili evolutivi
2. La recente nuova modifica dell'art. 560 c.p.c.

1. Profili evolutivi

Negli ultimi venti anni l'esecuzione forzata civile è stata, come noto, oggetto di riforme nel tentativo di avvicinare il sistema italiano ai modelli esteri per tempi ed efficacia di procedimenti.

Si tratta di una profonda ed incessante trasformazione del processo esecutivo che ha riguardato anche l'istituto della custodia del bene pignorato nell'espropriazione immobiliare, tanto da trattarsene in termini di una vera e propria metamorfosi.

In particolare, il modello originario del processo esecutivo, già profondamente mutato nella sua fisionomia dalle leggi nn. [80/2005](#) e [263/2005](#), nel corso dell'ultimo decennio è stato al centro di plurimi interventi normativi per effetto della [legge n. 132 del 6 agosto 2015](#) nella quale è stato convertito il [d.l. 27 giugno 2015 n. 83](#), a cui si è aggiunto, più di recente, il [decreto legge n. 135 del 14 dicembre 2018](#), convertito in [legge 11 febbraio 2019, n. 12](#) che ha apportato ulteriori modifiche. Quest'ultima riforma, -che ha investito l'[art. 495 cod. proc. civ.](#), relativamente alla conversione del pignoramento e l'art. 569 circa il provvedimento di autorizzazione alla vendita- è nuovamente intervenuta anche sull'[art. 560 c.p.c.](#), norma dedicata al *modo della custodia* nell'espropriazione immobiliare che ne ha visto completamente riscritta e ridisegnata la disciplina.

Difatti nel disegno originario del codice di procedura civile del 1942, la custodia in ambito espropriativo non era affidata ad un terzo imparziale, ma attribuita *ope legis* allo stesso debitore esecutato; pertanto ad un soggetto, naturalmente poco, o punto interessato, alle sorti di un bene ormai destinato ad essere sottratto alla sua disponibilità.

Tale aspetto, che al più consentiva una cautela contro possi-

bili alterazioni o distruzioni fisiche del bene, poneva in completa ombra l'aspetto amministrativo e gestionale, invece di assoluta rilevanza. E l'inefficienza di quel sistema si palesava proprio in pendenza dei rapporti che si prestano a valorizzare il profilo gestorio, come nel caso di locazione dell'immobile esecutato. Così come strutturata, in altre parole, la custodia non consentiva di compiere appieno tutte quelle attività utili a rendere concrete le potenzialità sottese ai rapporti gestionali.

Del resto, nel quadro ora descritto, la disciplina della custodia si inseriva all'interno di un disegno che ambiva ad un processo esecutivo destinato ad esaurirsi in tempi brevi, e dunque poco sensibile a farsi carico di problematiche di ordine gestionale, prese invece in considerazione in situazioni in cui si era messo in conto il possibile procrastinarsi dei tempi processuali, come nel caso dell'amministrazione giudiziaria, per la quale si era elaborato, sin dall'inizio, un modello di custodia in netta antitesi con quello delineato per le espropriazioni immobiliari.

Attraverso la riforma del 2005 (l. n. [80/2005](#) e [263/2005](#)) si è approdati ad una nuova concezione della custodia in ambito espropriativo, tendente a favorire con maggiore ampiezza la sostituzione del custode e la formazione di nuove regole funzionali alla liberazione dell'immobile e alla sua più fruttuosa liquidazione.

Tale riforma, e, a seguire, quella del 2016, ha dunque scardinato l'impostazione tradizionale dell'istituto e, sul presupposto che il debitore è il soggetto che fisiologicamente offre minori garanzie circa la conservazione e la cura del bene, oltre a non prestare attività collaborativa di sorta, la custodia viene ora ad essere, di regola, e d'ufficio, affidata a soggetti diversi dal debitore ai sensi dell'[art. 559 cod. proc. civ.](#), acqui-

stando la funzione di “accompagnare” il bene nella sua collocazione sul mercato.

Il custode diviene infatti colui che costituisce il primo referente per gli interessati all’acquisto, fornendo loro le informazioni opportune e li accompagna nella visita dell’immobile. Il custode è anche colui che eventualmente è legittimato a porre in essere tutte le azioni necessarie a garantire all’agjudicatario la effettiva disponibilità del bene.

2. La recente nuova modifica dell’art. 560 c.p.c.

L’ultima riforma del processo esecutivo intervenuta per l’effetto del [d.l. 14 dicembre 2018 n. 135](#) convertito in [legge 11/2/2019 n. 12](#), ha riscritto per intero l’[art. 560 cod. proc. civ.](#) avente ad oggetto il modo della custodia, lasciando invece inalterato il precedente art. 559 dedicato alla custodia in generale.

La modifica legislativa, con il preciso intento di salvaguardare l’abitazione dell’esecutato dalla liberazione “anticipata” dell’immobile, ha individuato un cd. doppio binario: uno per i cespiti destinati ad abitazione dell’esecutato e dei suoi familiari conviventi; l’altro per tutti gli immobili non abitati dal debitore e dal suo nucleo familiare.

Per questi ultimi il giudice ordina infatti la liberazione anticipata dell’immobile pignorato e il custode è persona diversa dell’esecutato.

Al contrario, per gli immobili abitati dal debitore e dai suoi familiari conviventi, la liberazione è collegata all’emissione del decreto di trasferimento.

In altri termini, il debitore esecutato, specie se l’oggetto dell’esecuzione sia costituito dall’abitazione principale ove viva con la famiglia ed espliciti la propria personalità, ha la garanzia di potervi permanere fino alla vendita.

Pertanto oggi la liberazione anticipata dell’immobile costituisce una mera eventualità, ridotta ai casi di cui al comma sesto dell’articolo citato ovvero qualora “*sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l’immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri*

obblighi che la legge pone a suo carico, o quando l’immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare”.

La norma, così rinnovata, comprime dunque la discrezionalità del giudice dell’esecuzione sull’emissione dell’ordine di liberazione, collegando il provvedimento a circostanze o fasi processuali predeterminate.

Quanto al custode, questo perde(rebbe) il compito di conservare gli immobili adibiti ad uso abitazione dell’esecutato, spettandogli piuttosto il dovere di vigilanza sul debitore affinché lo stesso provveda alla manutenzione e a conservare l’integrità del bene.

Quale diretta conseguenza della prosecuzione dell’occupazione dell’immobile da parte del debitore verrebbe poi meno anche il dovere amministrazione dei predetti beni.

In ogni caso, qualora occorra provvedere all’amministrazione (si pensi alla raccolta o vendita dei frutti naturali) il potere-dovere del custode di amministrare pare derivare, nel silenzio dell’art. 560, dall’art. 65 cod. proc. civ. che così recita “*La conservazione e l’amministrazione dei beni pignorati o sequestrati sono affidate a un custode, qualora la legge non dispone altrimenti*”.

Ciò che stupisce è anche che il legislatore del 2019 abbia eliminato dall’[art. 560 cod. proc. civ.](#) ogni riferimento al portale delle vendite pubbliche. Tuttavia, un’ampia discrezionalità è riconosciuta dalla norma al giudice dell’esecuzione, dato che le modalità del diritto di visita sono contemplate e stabilite nell’ordinanza di cui all’[art. 569](#).

Il vero nodo da risolvere resta allora quello relativo alle modalità di concretizzazione dell’ordine di liberazione una volta che questo sia emesso dal giudice, atteso che l’attuale testo normativo è privo di qualsivoglia indicazione utile all’interprete circa la natura del provvedimento e le modalità di attuazione.

Lo stesso dicasi per i beni mobili relitti nell’immobile.

Spetterà pertanto all’interprete farsi carico di una lacuna legislativa che rischia di compromettere l’efficienza di un sistema che le recenti riforme si erano invece ripromesse di conseguire come obiettivo primario.

USURA E TASSO DI MORA

Panoramica della recente giurisprudenza formatasi su usura e tasso di mora

di Alessio Antonelli

DELL'11 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Inquadramento storico e normativo
3. La giurisprudenza formatasi sull'usura e sui tassi di mora
4. Sentenza Cassazione Civile, Sezione 3[^], 28 giugno 2019, n. 17447
5. Ordinanza Cassazione Civile, Sezione 1[^], 15 settembre 2017, n. 21470
6. Ordinanza Cassazione Civile, Sezione 3[^], 30 ottobre 2018, n. 27442
7. Conclusioni

1. Introduzione

Un recente arresto della Suprema Corte (precisamente la sentenza [28 giugno 2019 n. 17447](#) resa dalla Terza Sezione Civile) offre lo spunto per esaminare lo «stato dell'arte» in materia di usura e tasso di mora.

In questo preciso contesto, l'attuale situazione in materia usuraria, e più in generale sulle clausole contrattuali da includere nella rilevazione del TEG per poi confrontarlo con il tasso soglia, è alquanto confusionario e contraddittorio, dovuto alle contrastanti pronunce espresse dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, pur essendo chiara la *ratio* della [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#), della [Legge 28 febbraio 2001, n. 24](#), dell'[art. 644 c.p.](#), nonché delle conseguenze civilistiche di cui all'[art. 1815, comma 2, c.c.](#)

La stessa relazione Governativa di presentazione al Parlamento del [D.L. 29 dicembre 2000, n. 394](#), poi convertito nella [citata Legge 28 febbraio 2001, n. 24](#), chiarisce che, quando in un contratto di prestito venga convenuto un tasso di interesse, sia corrispettivo, che compensativo o moratorio, il momento a cui riferirsi per verificare l'eventuale usurarietà, sotto il profilo sia civile che penale, è quello della conclusione del contratto, a nulla rilevando l'effettivo pagamento degli interessi medesimi.

Deve, dunque, essere verificato esclusivamente lo scenario

corrispondente al programma negoziale fissato nel contratto ed al TEG che esso esprime.

2. Inquadramento storico e normativo

La [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#), recante “*Disposizioni in materia di usura*” ha introdotto la questione inerente all'assoggettabilità degli interessi c.d. moratori alla disciplina in materia di usura.

Detta legge è entrata in vigore in un periodo di forte abbassamento dei tassi d'interesse a livello mondiale.

La transizione è stata repentina ed i tassi che correvano a due cifre nel giro di poco si sono drasticamente ridotti.

La prima pubblicazione dei tassi medi trimestrali (TEGM), secondo le disposizioni della citata legge, effettuata nel periodo ottobre - dicembre 1996[1], ha rilevato per i mutui un'applicazione media di mercato pari al 10,60% d'interesse.

Nella successiva rilevazione, effettuata nel periodo ottobre - dicembre 1998[2], il tasso medio di mercato per il mutuo è risultato essere il 5,09%.

L'Associazione Bancaria Italiana (di seguito anche solo “*ABI*”), il 20 marzo 1997, ha emanato una circolare che sostanzialmente raccomanda alle consociate di non adeguarsi alle nuove disposizioni sull'usura per ciò che riguarda i contratti di credito stipulati a tasso fisso o *per relationem* in epo-

[1] Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 72 del 2 aprile 1997.

[2] Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 74 del 29 marzo 2000.

ca anteriore all'entrata in vigore della [Legge 7 marzo 1996 n. 108](#).

Quest'ultima indicazione ha individuato la fattispecie della c.d. usura sopravvenuta.

Nella direzione opposta si muove, con il [Decreto del 24 marzo 2000 n. 110](#), il Ministero del Tesoro il quale ha aperto le porte alla rinegoziazione dei mutui a tasso agevolato nei casi in cui quest'ultimo avesse superato il tasso soglia, divenendo così usuraio.

Il tasso di sostituzione, si è previsto nella disposizione, deve essere il tasso medio di mercato, comunicato trimestralmente dal Ministero del Tesoro.

Nell'anno 2000 la Suprema Corte di Cassazione ha emanato tre sentenze, il cui orientamento muove verso l'applicazione dell'[art. 1815, comma 2, c.c. nova facie](#): nessun interesse è dovuto in caso di superamento dei tassi soglia, anche nel caso dell'usura sopravvenuta.

Si tratta delle pronunce del [2 febbraio 2000, n. 1126](#), del [2 aprile 2000, n. 5286](#) e del [17 novembre 2000, n. 14899](#)[3].

Il 4 dicembre 2000 il Ministro del Tesoro ha pubblicato sul sito web del Ministero una prima lettera del Governatore della Banca d'Italia[4] il quale ha invitato il Governo ad intervenire al fine di neutralizzare l'impatto della [Legge 7 marzo 1996 n. 108](#), così come applicata dalla Cassazione con i predetti arresti, sull'economia delle banche.

Il 14 dicembre 2000 il Ministro del Tesoro ha diffuso sul sito web del Ministero una seconda lettera del Governatore della Banca d'Italia nella quale sono precisate le stime catastrofiche per il sistema bancario italiano nell'ipotesi si applicasse la [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#) secondo i canoni interpretativi stabiliti dalla Suprema Corte[5].

Nello stesso periodo l'ABI, in persona del suo Presidente, ha richiesto al Governo di intervenire con un provvedimento legislativo atto a neutralizzare le citate sentenze della Cassazione e annuncia che si sarebbe rivolto alla Commissione Europea per presunte violazioni delle norme comunitarie. Il Governo, nel rispondere al sollecito dell'ABI, ha emanato il [D.L. 29 dicembre 2000, n. 394](#), convertito nella [Legge 28 febbraio 2001, n. 24](#), avente ad oggetto l'interpretazione autentica della [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#).

Con l'emanazione del [D.L. 29 dicembre 2000, n. 394](#) il Governo è intervenuto al dichiarato fine di risolvere l'incertezza venutasi a creare a seguito dell'entrata in vigore della [pre-detta Legge 7 marzo 1996, n. 108](#), soprattutto alla luce della richiamata pronuncia della Suprema Corte [n. 14899/2000](#). Così si evince, infatti, non solo dalle circostanze straordinarie di necessità e d'urgenza specificamente indicate nel preambolo a giustificazione dell'adozione del Decreto Legge, ma anche dalla Relazione governativa di accompagnamento del progetto di conversione, ove si legge che l'orientamento espresso dalla suddetta pronuncia “*determina un'indubbia incertezza giuridica in ordine alla legittimità delle pattuizioni di interessi nei mutui a tasso fisso*”, in quanto “*l'interpretazione della Corte prefigura la possibilità di una «usurarietà sopravvenuta» per quei tassi che, successivamente al momento in cui furono pattuiti, divengano superiori al tasso soglia di volta in volta rilevato. Questo può accadere sia per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, sia per quelli perfezionati successivamente. Una simile interpretazione vanifica la rilevanza del tasso liberamente concordato fra le parti, lo rende incerto nel tempo, finisce per mettere in crisi l'operatività a tasso fisso*”.

Al [primo comma dell'articolo 1 della Legge 28 febbraio 2001, n. 24](#), il Legislatore - senza peraltro apportare alcuna modifica alla corrispondente disposizione contenuta nel [D.L. 29 dicembre 2000 n. 394](#) - ha stabilito che «*ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del Codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del Codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*”.

All'esito dell'emanazione [della citata Legge 28 febbraio 2001, n. 24](#), sia la giurisprudenza di legittimità[6] che quella di merito adottano un'interpretazione secondo la quale la legge di interpretazione autentica abroga, di fatto, la [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#) per i rapporti sorti prima del 1996 o la abroga *tout court*.

Tanto ciò è vero che moltissimi giudici di merito[7] non am-

[3] Particolare rilievo assume la sentenza Cassazione Civile, Sezione 1^a, del [17 novembre 2000, n. 14899](#), citata anche nell'epigrafe del [D.L. 29 dicembre 2000 n. 394](#), laddove si legge “*ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di tassi d'interesse usurari, anche in considerazione degli effetti che la sentenza della Corte di cassazione n. 14899/2000 può determinare in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale*”.

[4] http://www.tm1.it/adusbef/documenti/documenti_vari/Fazio_4_dic_00.htm.

[5] http://www.tm1.it/adusbef/documenti/documenti_vari/FAZIO%2014%20DICEMBRE%2000.htm.

[6] *Ex multis*, Cass. Civ. n. 13477/2010; Cass. Civ. [n. 15621/2007](#); Cass. Civ. [n. 15497/2005](#).

[7] Gianni Colangelo, *Un giudice a Lussemburgo*, nota a Tribunale di Milano, 3 gennaio 2011, G.U. Cozzi, in questa *Rivista*, 2012, 314.

mettono più il quesito per la determinazione del TEG ai sensi della [Legge 7 marzo 1996 n. 108](#).

Il [D.L. 29 dicembre 2000, n. 394](#) (e la conseguente legge di conversione) è stato sottoposto al giudizio della Consulta (Corte Costituzionale, [25 febbraio 2002 n. 29](#)), che ne ha dichiarato la costituzionalità rispetto alle eccezioni sollevate nelle rimissioni degli atti disposte dalle corti di merito.

Un passaggio di detto arresto merita sicuramente di essere menzionato “*Va in ogni caso osservato - ed il rilievo appare in sé decisivo - che il riferimento, contenuto nell’art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi “a qualunque titolo convenuti” rende plausibile - senza necessità di specifica motivazione - l’assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori*”, rappresentando un valido sostegno sia alla *ratio* della [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#), sia all’interpretazione costituzionale della [Legge 28 febbraio 2001, n. 24](#).

3. La giurisprudenza formatasi sull’usura e sui tassi di mora

Se la legislazione nazionale ha previsto e disciplinato in maniera organica il reato di usura, fornendo una chiara lettura sia del momento del perfezionamento del reato, sia delle voci rientranti nel c.d. “carico economico” ai fini della valutazione del TEG quale indice del costo effettivo del finanziamento da raffrontare al tasso soglia, ci si chiede allora il perché di una così “oscillante” interpretazione della giurisprudenza sul punto.

I contrasti emergono macroscopicamente nelle varie aree geografiche del Paese in ordine:

- alle differenti modalità di calcolo, relativamente alle voci da includere nel TEG o da escludere, così come rappresentato dalla Banca d’Italia e dagli Istituti di credito;
- al momento temporale della valutazione delle clausole negoziali, quali ad esempio la mora, l’estinzione anticipata, ai fini della determinazione dell’usura.

Se, cioè, tali voci del costo debbano essere riconosciute valide solo al momento della loro effettiva incidenza sul costo dell’operazione, o se esse debbano essere considerate a prescindere dalla loro realizzazione, come del resto le fonti normative menzionate al paragrafo che precede hanno previsto e disciplinato.

Tale seconda ipotesi, definita da una parte della giurisprudenza “*Worst Case*”, considera il potenziale di tali costi (an-

che nella peggiore ipotesi realizzabile in danno al soggetto finanziato) disciplinati da clausole negoziali convenute e promesse sin dal perfezionamento dell’atto negoziale.

Esse costituiscono elementi strutturali del contratto, tanto che in assenza di esse il finanziatore non avrebbe negoziato (*rectius*, finanziato ed erogato il credito al costo pattuito in sede di accordo negoziale).

Altro fattore di indubbio rilievo è il ruolo della Banca d’Italia.

Parte della giurisprudenza di merito sembra sostenere il contenuto delle Circolari e delle Direttive della Banca d’Italia, giustificando nella loro scelta l’impostazione che tali fonti secondarie siano norme tecniche di attuazione della [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#).

Ma così non è, essendo esse fonti secondarie e, come tali, gerarchicamente subordinate alle fonti di rango primario.

Né, del resto, esiste una norma giuridica che attribuisca alla Banca d’Italia il ruolo o la funzione di determinare quali siano le voci di costo da imputare nel calcolo del TEG.

Alla Banca d’Italia, infatti, è attribuita la sola facoltà di raccogliere i dati riguardanti i tassi effettivi globali medi applicati dalle banche e dagli istituti finanziari per le stesse tipologie di affidamenti.

La posizione del Giudice, il quale a norma dell’[art. 101 della Costituzione](#) è soggetto alla sola legge, ha pertanto un peso determinate poiché, qualora egli ritenga di aderire alle tesi della Banca d’Italia e degli istituti di credito, gli effetti saranno certamente penalizzanti per gli affidatari, vanificando lo spirito della legge anti usura, con conseguenze civilistiche e penali non apprezzabili in diritto.

A tal riguardo, gli Ermellini a più riprese si sono pronunciati osservando che, laddove le fonti secondarie (Circolari e Direttive della Banca d’Italia) siano in contrasto con norme di legge, esse (circolari, direttive, istruzioni) devono essere disattese per il principio generale della gerarchia delle fonti.

Conseguenza di tale impostazione è la disapplicazione delle stesse da parte del giudicante^[8].

Da una disamina “quotidiana” della giurisprudenza emerge come la stessa sia orientata favorevolmente al rispetto della sola legge in quelle aree in cui la dimensione circoscrizionale della Corte è meno estesa di altre di maggiori dimensioni, dove invece spesso si seguono le istruzioni della Banca d’Italia.

A riprova di ciò è sufficiente leggere i quesiti di volta in vol-

[8] Sul punto, Cassazione Civile [n. 8806 del 5 aprile 2017](#), che definisce in modo chiaro e diretto la c.d. centralità sistematica dell’[art. 644 c.p.](#), che regola il fenomeno usura anche nei confronti delle disposizioni regolamentari, direttive ed istruzioni emanate dalla banca d’Italia; Cassazione Civile, Sezione 3^a, [6 marzo 2018, n. 5160](#); Cass. Civ. Sezione 6^a, [6 marzo 2017, n. 5598](#).

ta demandati dal giudicante al proprio ausiliario (Consulente Tecnico d'Ufficio), poiché dal tenore degli stessi già si può ipotizzare l'orientamento che verrà assunto dal Magistrato nell'emanazione della relativa sentenza.

Non è solo la giurisprudenza di merito a produrre periodicamente motivazioni del tutto differenti e contrastanti, ma anche in sede di legittimità ci si trova spesso ad affrontare la stessa problematica, a discapito della certezza del diritto, disorientando l'avvocato che nella redazione dei propri atti si troverà ad affrontare le varie tematiche sotto "diverse e contrastanti angolazioni".

Di seguito, vengono analizzate alcune pronunce di legittimità di particolare rilevanza.

4. Sentenza Cassazione Civile, Sezione 3^a, 28 giugno 2019, n. 17447

Nella vicenda sottoposta al vaglio degli Ermellini, una S.p.a. ed una S.r.l. stipulavano un contratto di locazione finanziaria avente ad oggetto un immobile sito in (OMISSIS) per l'importo di Euro 3.060.000,00, da corrispondere in 180 rate mensili di Euro 18.145,38 cadauna, oltre ad Euro 612.000,00 da versare al momento della sottoscrizione del contratto e ad Euro 306.000,00 quale maxi rata finale.

Con ricorso ex [articolo 702 bis c.p.c.](#) la S.p.a., incorporante per fusione un'altra S.p.a., chiedeva, al Tribunale di Milano, l'accertamento dell'inadempimento della S.r.l. e la risoluzione per inadempimento del contratto di locazione finanziaria in forza della clausola risolutiva espressa in esso contenuta, e per l'effetto la condanna della società utilizzatrice al rilascio immediato dell'immobile libero da persone e cose. La S.r.l. eccepeva la nullità del contratto per violazione della [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#) sull'assunto che il contratto prevedesse la corresponsione di tassi usurari.

Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 23 giugno 2014, accoglieva la domanda attorea e condannava l'utilizzatrice al rilascio immediato dell'immobile ed alla rifusione delle spese processuali.

L'ordinanza veniva impugnata dalla S.r.l. dinnanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente che, con la decisione n. 1243/2017, depositata il 23 marzo 2017, confermeva la decisione di prime cure, ritenendo che la domanda fosse quella dell'accertamento dell'intervenuta risoluzione per inadempimento del contratto per il mancato pagamento dei canoni di leasing che non inglobavano interessi moratori ma solo corrispettivi, oltre alla domanda di restituzione dell'im-

mobile oggetto del contratto. La questione della nullità del titolo contrattuale per usura legata alla pattuizione di interessi moratori e al loro cumulo con quelli corrispettivi non costituiva, secondo la Corte territoriale, oggetto di causa, con la conseguenza di considerare del tutto ultronea ed inconferente ogni indagine sulla violazione della normativa di cui alla [Legge 7 marzo 1996 n. 108](#) con riferimento agli interessi di mora.

La S.r.l. ricorre in Cassazione formulando cinque motivi avverso la sentenza n. 1243/2017 della Corte d'Appello di Milano.

Nell'articolare il proprio ragionamento, la Corte osserva che:

- La mora deve essere concreta e non potenziale ("*(...) se il debitore è in termini deve corrispondere gli interessi corrispettivi, quando è in ritardo qualificato dalla mora, al posto degli interessi corrispettivi deve pagare quelli moratori; di qui la conclusione che i tassi non si possono sommare semplicemente perché si riferiscono a basi di calcolo diverse*");
- in caso di superamento della sola mora, sempre quando essa si verifichi (c.d. mora in concreto), si andrà ad applicare il tasso legale in sostituzione del solo tasso di mora ("*(...) peraltro, secondo questa Corte - Cass. 30/10/2012 n. 27442 - la previsione di un saggio degli interessi moratori sovrasoglia non sarebbe colpita dalla nullità di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. ma comporterebbe la riduzione del tasso convenzionale degli interessi a quello legale secondo le norme generali*");
- il tasso corrispettivo quindi non andrà disatteso, essendo fonte autonoma negoziale;
- non si applica la sommatoria dei tassi corrispettivi e moratori, tranne nel solo caso in cui il contratto di mutuo preveda che, in caso di mancato pagamento della rata, il tasso di mora non si sostituisca al tasso corrispettivo, ma si aggiunga ad esso, ovvero sul costo della intera rata.

Di indubbio interesse risulta essere il punto d), poiché solo parte della giurisprudenza di merito si è uniformata a tale principio^[9].

Appare, a tal proposito, riportare il tenore letterale della sentenza in esame, ove si legge che "*(...) non è stato confutato dalla ricorrente che i canoni non corrisposti fossero stati calcolati, a differenza di quanto statuito dalla sentenza gravata, attraverso il conteggio di interessi moratori sugli interessi scaduti, cioè sulla rata di canone, già precedentemente capitalizzata a titolo di interessi corrispettivi*".

[9] Sul punto, Tribunale di Prato [n. 651 dell'11 giugno 2016](#); Tribunale di Pesaro del 5 luglio 2016; Ordinanza Collegio Tribunale di Savona del 2 settembre 2015; Ordinanza Tribunale di Siena del 17 aprile 2015; Ordinanza Tribunale di Sassari del settembre 2015; Ordinanza del Tribunale di Agrigento del 25 settembre 2014.

In tal caso, ma solo in tal caso, sarebbe stato possibile lamentare che il tasso effettivamente applicato avesse superato il tasso soglia per essere stati i singoli canoni, già comprensivi degli interessi corrispettivi, maggiorati ad ogni scadenza degli interessi moratori.

Solamente in tal caso e per espressa pattuizione, quindi si potrebbe operare, conformemente a quanto dedotto dalla Corte di Cassazione, la sommatoria dei tassi.

Conseguenza sanzionatoria sarà l'applicazione dell'[art. 1815, comma 2, c.c.](#)

Tale dato, pur non espresso chiaramente in sentenza, si deduce dal contenuto della stessa, laddove nel trattare la valenza in concreto della mora in caso di travalicamento del tasso soglia, la Corte si esprime sulla sola nullità della mora, con applicazione del tasso legale in luogo dei moratori, senza disapplicare gli interessi corrispettivi in quanto autonoma clausola negoziale.

5. Ordinanza Cassazione Civile, Sezione 1[^], 15 settembre 2017, n. 21470

Nella vicenda arrivata all'esame degli Ermellini, un istituto di credito otteneva presso il Tribunale di Catania, Sezione Distaccata di Acireale, decreto ingiuntivo nei confronti di M.F.M., mediante il quale a quest'ultimo veniva intimato il pagamento della somma di Lire 17.992.772 quale saldo debitore, alla data del 29 giugno 2000, del conto corrente n. (OMISSIS), assistito da apertura di credito per Lire 10.000.000, somma maggiorata degli interessi nella misura convenzionale indicata in contratto, e comunque entro i limiti del c.d. tasso soglia.

L'ingiunzione di pagamento veniva pronunciata anche nei confronti di B.R.N.R., nella sua qualità di fideiussore, e fino alla concorrenza dell'importo garantito di Lire 15.000.000.

I due intimati proponevano opposizione a decreto ingiuntivo, menzionando una apertura di credito per l'importo di Lire 40.000.000 ed eccependo l'applicazione di tassi eccedenti il limite previsto dalla [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#), oltre che l'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi e l'addebito di spese ingiustificate. Lamentavano, altresì, gli oppositori l'arbitraria revoca dell'affidamento e chiedevano che il Tribunale, previa revoca del decreto ingiuntivo opposto, dichiarasse non dovuta alcuna somma per interessi, commissioni di massimo scoperto e spese, domandando altresì la condanna della Banca alla restituzione della somma di Lire 11.847.797, percepita a titolo di interessi non dovuti.

Chiedevano, inoltre, il risarcimento dei danni morali subiti per l'applicazione di interessi in violazione della [Legge 7 marzo 1996, n. 108](#) e degli ulteriori danni subiti da M. per l'illegittima revoca del fido.

Nella resistenza dell'Istituto di credito, il Tribunale revocava il decreto ingiuntivo opposto, condannava gli oppositori al pagamento del controvalore in Euro di Lire 15.686.619, oltre interessi convenzionali, nella misura del tasso soglia, dal 28 giugno 2000 fino al soddisfo, e rigettava le domande risarcitorie.

M. e B. proponevano appello, così come la Banca spiegava impugnazione incidentale. La Corte di Appello di Catania, con sentenza depositata il 13 marzo 2012, rigettava entrambi i gravami.

La pronuncia è stata impugnata per cassazione da M. e B. con un ricorso articolato in sei motivi.

Si legge nella pronuncia resa dagli Ermellini come il Giudice distrettuale avrebbe disatteso il motivo di appello basato sull'assunto per cui la sanzione della nullità doveva colpire nella sua totalità la pattuizione degli interessi.

Dalla disamina della sentenza impugnata, infatti, si evince che secondo gli odierni ricorrenti, il Tribunale, una volta constatato che il tasso degli interessi del c.d. extra fido convenuto e applicato era superiore al tasso soglia, non poteva limitarsi a ritenere non applicabile tale tasso, dovendo invece dichiarare nulla, nella sua integrità, la pattuizione relativa agli interessi.

I ricorrenti sembrano dedurre che nessun interesse poteva essere dunque preteso dalla Banca (giusta l'[art. 1815 c.c., comma 2](#)).

A tal riguardo la Suprema Corte, dopo aver rilevato come detta doglianza non fosse autosufficiente, non avendo i ricorrenti riprodotto il contenuto della clausola, o delle clausole, di interesse, precisa come il superamento del tasso soglia con riferimento all'extra fido non sia idoneo ad incidere sulla spettanza degli interessi convenuti contrattualmente anche per gli utilizzi che si collochino entro i limiti dell'accordato. L'[art. 1815 c.c.](#), di cui hanno fatto applicazione i Giudici del merito, prevede, al secondo comma, che se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi. In termini generali, la clausola è un'unità precettiva dell'accordo contrattuale, unità che può articolarsi anche in più disposizioni distinte (Cass. [26 giugno 1987, n. 5675](#); cfr. pure Cass. [11 aprile 1979, n. 2123](#)).

Più disposizioni in tema di interessi, in base alla loro concreta formulazione, possono confluire in un'unica clausola o dar vita a diverse clausole contrattuali.

Ciò che rileva è che l'[art. 1815, comma 2, c.c.](#) nel prevedere la nullità della clausola relativa agli interessi, ove questi siano usurari, intende per clausola la singola disposizione pattizia che contempra interessi eccedenti il tasso soglia, indipendentemente dal fatto che essa esaurisca la regolamentazione dell'entità degli interessi dovuti in forza del contratto.

La sanzione dell'[art. 1815 c.c., comma 2](#), dunque, non può che colpire la singola pattuizione che programmi la corresponsione di interessi usurari, non investendo le ulteriori disposizioni che, anche all'interno della medesima clausola, prevedano l'applicazione di interessi che usurari non siano. Se così non fosse, la norma non potrebbe trovare pratica applicazione tutte quelle volte in cui - per effetto della differenziazione dei tassi applicabili in ragione di diverse condizioni (come, appunto, l'entità dell'indebitamento del correntista) - nella clausola che disciplina la misura degli interessi contrattuali convivano una disposizione che fissi gli stessi al di sopra della soglia usuraria ed un'altra che la determini in una misura inferiore: in tal caso, infatti, la medesima clausola avrebbe ad oggetto la pattuizione dell'interesse usurario (che varrebbe a renderla nulla) e la pattuizione dell'interesse non usurario (che dovrebbe di contro sottrarla all'effetto invalidante).

D'altro canto, la neutralizzazione degli effetti della disposizione che disciplina il pagamento di interessi non usurari non può derivare dall'inefficacia della previsione contrattuale concernente gli interessi usurari.

Deve osservarsi, al riguardo, che il mancato prodursi degli interessi dipende dall'effetto caducatorio che colpisce la pattuizione *contra legem*.

Nell'ipotesi in cui le parti abbiano convenuto (per l'indebitamento che si produca entro i limiti del fido) un saggio di interesse inferiore al tasso soglia, la relativa disposizione è valida, e non vi è modo di ritenere che ad essa si comunichi la patologia negoziale che colpisce altra pattuizione (relativa, nella specie, agli interessi sul c.d. extra fido): e se non si comunica l'invalidità, non si comunica nemmeno l'inefficacia (data dalla non spettanza degli interessi) che da quell'invalidità si origina.

6. Ordinanza Cassazione Civile, Sezione 3[^], 30 ottobre 2018, n. 27442

Il caso esaminato dalla Suprema Corte trae origine dal contratto di leasing stipulato nel 2006 da una S.r.l. con un istituto di credito.

I debiti dell'utilizzatore verso il concedente venivano garantiti con una fideiussione da T.V.

Nel 2013 la S.r.l. e T.V. convenivano dinanzi al Tribunale di Milano l'Istituto di credito, esponendo che:

- il contratto di leasing prevedeva nel caso di inadempimento dell'utilizzatore interessi moratori nella misura dell'8,6% annuo;
- detto saggio di interessi era superiore a quello massimo legale (c.d. tasso-soglia) applicabile *ratione temporis*, pari al 7,86%;

- conseguentemente, il saggio degli interessi di mora doveva ritenersi usurario, e quindi nullo il relativo patto;
- per l'effetto della nullità del patto che fissava la misura degli interessi moratori, conseguenza era la liberazione del debitore dal pagamento di qualsiasi interesse, ai sensi dell'[art. 1815 c.c.](#)

Gli attori concludevano pertanto chiedendo che fosse dichiarata la nullità del suddetto patto di interessi moratori in misura ultra-legale, che fosse dichiarata l'insussistenza dell'obbligo dell'utilizzatore di pagare interessi, che fosse dichiarata la liberazione del fideiussore ex [art. 1956 c.c.](#), e che il Banco fosse condannato alla restituzione di quanto indebitamente percepito.

Si costituiva l'Istituto di credito eccependo come il tasso-soglia non fosse applicabile agli interessi di mora.

Con sentenza 23 dicembre 2014 il Tribunale di Milano rigettava la domanda, ritenendo che la regola per cui gli interessi eccedenti il tasso-soglia sono usurari e non dovuti non si applicasse agli interessi moratori.

La sentenza veniva appellata dai soccombenti.

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 6 giugno 2016 rigettava il gravame, evidenziando in particolare:

- gli interessi corrispettivi e quelli moratori sono "ontologicamente" disomogenei, poiché:
 - i primi remunerano un capitale, i secondi costituiscono una sanzione convenzionale ed una coazione indiretta per dissuadere il debitore dall'inadempimento, e sono perciò assimilabili alla clausola penale;
 - i primi sono necessari, i secondi eventuali;
 - i primi hanno una finalità di lucro, i secondi di risarcimento;
- non esiste nessuna norma di legge che commini la nullità degli interessi moratori eccedenti il tasso soglia;
- tanto si desume dalla circostanza che la rilevazione periodica, da parte del Ministero del Tesoro, degli interessi medi praticati dagli operatori finanziari viene effettuata trascurando quelli moratori;
- sarebbe stato irrazionale, nel caso di specie, ritenere usurari interessi moratori convenzionali al saggio dell'8,6%, laddove nella stessa epoca la legge contro i ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali tra imprenditori prevedeva, come interesse legale di mora, un saggio del 9,25%.

A differenza degli arresti sin qui esaminati, quello in analisi ritiene rilevante il tasso di mora all'atto della convenzione negoziale a prescindere dalla sua reale applicazione, ovvero vige il principio della potenzialità del suo reale verificarsi in costanza di rapporto negoziale.

In definitiva vale la sola pattuizione e la possibilità che in futuro essa possa applicarsi.

Del resto, senza la pattuizione di questa, così come delle altre condizioni contrattuali promesse e convenute, la Banca non avrebbe concesso il finanziamento e pertanto esse esprimono condizioni contrattuali accettate dalle parti in funzione dell'erogazione del finanziamento.

Inoltre, la Suprema Corte ritiene non applicabile la maggiorazione del 2,1% sul tasso di mora, a fronte di una rilevazione meramente statistica e datata della Banca d'Italia.

Anche con tale ordinanza, così come con la pronuncia a raffronto (sentenza n. 17447/2019) gli Ermellini affermano, in caso di superamento della mora sul tasso soglia, l'applicazione del tasso legale in sostituzione di quello moratorio.

Nulla dice la Cassazione a proposito del tasso corrispettivo, ovvero se lo stesso rimanga valido o venga anch'esso travolto dall'effetto sanzionatorio dell'[art. 1815, comma 2, c.c.](#), poiché non oggetto di impugnazione, sebbene la Corte ter-

ritoriale si fosse pronunciata sull'applicazione dell'interesse corrispettivo in caso di mora oltre soglia.

Ciò nonostante, la Cassazione ha affrontato la questione osservando che sembrerebbe sostenibile, in caso di superamento del tasso soglia, la tesi dell'applicazione dell'[art. 1815, comma 2, c.c.](#) ai soli interessi corrispettivi.

7. Conclusioni

Tutto quanto sin qui esposto e considerato conferma le attuali oscillazioni della giurisprudenza di legittimità, con inevitabili conseguenze presso i Giudici di merito in punto di certezza del diritto.

Si auspica, quindi, un intervento chiarificatore a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che possa dirimere in maniera finalmente chiara e definitiva le oscillazioni giurisprudenziali fin qui esaminate, nel rispetto della vigente normativa antiusura.

ARBITRATO E ACCERTAMENTO DELLA SIMULAZIONE

L'estensione della *potestas iudicandi* degli arbitri circa l'accertamento della simulazione contrattuale

di Giovanni Viglino

DEL 12 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Estremi del provvedimento e massima
2. Il caso
3. Cenni circa l'ampiezza del potere degli arbitri di pronunciarsi su questioni ricomprese implicitamente nella clausola compromissoria
4. Riflessioni conclusive

1. Estremi del provvedimento e massima

Corte di Cassazione, Sez. III civile, ordinanza 31 maggio 2019, n. 14884; Armano pres.

Arbitrabilità delle controversie ex art. 806 cod. proc. civ. - Ambito oggettivo clausola compromissoria - Potestas iudicandi degli arbitri con riferimento all'accertamento della simulazione di un contratto - Thema decidendum clausola compromissoria

L'accertamento del carattere simulato del contratto sul quale si fonda la pretesa fatta valere innanzi agli arbitri rientra nella "potestas iudicandi" di questi ultimi, in quanto la loro cognizione si estende, salvo eventuali ben precisi limiti legali, a qualsiasi aspetto della vicenda che risulti rilevante per stabilire se ed in quale misura il diritto fatto valere da una parte sia fondato.

2. Il caso

La pronuncia in commento origina da un ricorso presentato da T.A. (o "ricorrente") avverso la sentenza della Corte d'appello di Cagliari^[1], la quale aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione avverso un lodo arbitrale che condannava il ricorrente alla riconsegna dell'azienda alla parte attrice M.R. e al risarcimento del danno provocato a quest'ultima. In sede arbitrale, il ricorrente si era visto dichiarare improcedibile la domanda riconvenzionale diretta all'accertamento della simulazione del contratto d'affitto e dell'esistenza di un dissimulato contratto di vendita tra sé stesso e il proprio germano (*de cuius* e dante causa di M.R.). A giudizio degli arbitri, l'accertamento della simulazione contrattuale non poteva essere fatto ricondurre all'interno dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria, in quanto questione estranea all'esecuzione o all'interpretazione del contratto.

Davanti alla Corte di Cassazione, il ricorrente ha proposto ricorso sulla base di tre motivi. Con il primo (che è quello che concerne la nostra analisi), ha lamentato violazione e falsa applicazione degli articoli 806 e 808 cod. proc. civ., dell'articolo 829 cod. proc. civ., numeri 10 e 12, nonché degli articoli 1362 e 1367 cod. civ. In sintesi, il ricorrente ha criticato la posizione della Corte d'appello nella parte in cui quest'ultima ha ritenuto la richiesta di accertamento della simulazione questione non geneticamente collegata al contratto.

Con la pronuncia in esame, la Suprema Corte ha accolto il primo motivo di ricorso con assorbimento degli altri due. A giudizio della Cassazione, la *potestas iudicandi* arbitrale si deve ritenere estesa a tutte quelle questioni che risultino rilevanti per stabilire la fondatezza o meno della pretesa fatta valere in giudizio. L'accertamento della simulazione contrattuale è certamente da considerarsi quale presupposto logico indispensabile per procedere alla valutazione del merito del controversia. Di conseguenza, la Corte d'appello avrebbe dovuto rilevare la nullità del lodo arbitrale per non essersi gli arbitri pronunciati su tale questione preliminare.

3. Cenni circa l'ampiezza del potere degli arbitri di pronunciarsi su questioni ricomprese implicitamente nella clausola compromissoria

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte si è pronunciata nuovamente sul tema molto dibattuto della *potestas iudicandi* degli arbitri con riferimento a quelle aree giuridiche «grigie» dove non si discute né di interpretazione, né di esecuzione di un contratto. La questione nevralgica può essere riassunta nei seguenti termini: conferito il potere agli ar-

[1] App. Cagliari, n. 539/2017.

bitri, mediante clausola compromissoria, di decidere eventuali controversie nascenti dal contratto nel quale la medesima clausola è inserita, può tale potere estendersi fino a ricomprendere controversie direttamente collegate (e, talvolta, la cui soluzione costituisce presupposto necessario per risolvere la collegata controversia) o tale potere deve essere interpretato restrittivamente?

Il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza di legittimità in diverse occasioni[2], alcune molto recenti[3]. Ciò che traspare è un approccio tutt'altro che uniforme e consolidato, soprattutto se si ha anche a riferimento il collegato regime di nullità di un lodo previsto dall'[art. 829 cod. proc. civ.](#) Senza entrare nel dettaglio, non essendo quest'ultimo oggetto di trattazione del presente commento, l'articolo menzionato prevede dodici ipotesi di nullità del lodo, tre delle quali che si riferiscono a diverse ipotesi di violazione da parte del collegio arbitrale di pronunciarsi sul merito della domanda[4]. Il problema nasce dalla mancata chiarezza circa la configurazione giuridica della decisione in merito alla *potestas iudicandi* degli arbitri; e nello specifico se quest'ultima si configuri come questione sostanziale (e che quindi dà luogo ad un lodo parziale di merito appellabile immediatamente [ex art. 827 cod. proc. civ.](#)) o come questione di natura processuale (e dunque appellabile insieme al lodo definitivo [ex art. 829 cod. proc. civ.](#)). Nonostante la ormai pacifica equiparazione tra giudice ordinario ed arbitro, conseguente alla riforma del

codice di procedura civile del 2006[5], e di conseguenza alla ormai pacifica configurazione dei rapporti tra giudice e arbitro in termini di competenza e non di giurisdizione, il complesso regime di nullità dei lodi arbitrali è lontano dall'essere risolto[6].

Ritornando a quanto strettamente ci compete, con la pronuncia in esame la Suprema Corte ha adottato (fortunatamente) un approccio abbastanza liberale, cassando la decisione della Corte d'appello di Cagliari, adita quest'ultima in sede di impugnazione per nullità del lodo. I giudici d'appello avevano infatti adottato un approccio molto restrittivo circa la *potestas iudicandi* arbitrale, affermando (sulla scia di quanto già deciso dagli arbitri) che quest'ultima non potesse ritenersi configurata nel caso di specie; nello specifico con riferimento a una domanda riconvenzionale del convenuto (in arbitrato e appellante davanti alla Corte) volta all'accertamento della simulazione del contratto contenente la clausola compromissoria e alla conseguente esistenza di un contratto dissimulato. A giudizio degli arbitri e della Corte d'appello, l'ambito oggettivo della clausola compromissoria contenuta nel contratto non poteva ritenersi esteso fino a ricomprendere l'accertamento del carattere simulato di quest'ultimo e dell'esistenza di altro (seppur collegato) contratto dissimulato, non essendo l'accertamento della simulazione qualcosa concernente l'interpretazione o l'esecuzione del contratto[7]. Altra questione storicamente dibattuta concerne proprio la

[2] Cass. Civ. Sez. I, [31 gennaio 2007, n. 2201](#); Cass. Civ. [27 maggio 1981, n. 3475](#); Cass. Civ. [23 febbraio 1981, n. 1067](#); Cass. Civ. [27 luglio 1957, n. 3167](#).

[3] Cass. Civ. Sez. II, [3 febbraio 2012, n. 1674](#); Cass. Civ. Sez. I, [27 luglio 2015, n. 6308](#); Cass. Civ. Sez. I, [22 marzo 2013, n. 7282](#); Cass. Civ. Sez. I, [30 aprile 2018, n. 10391](#); Cass. Civ. Sez. I, [11 settembre 2018, n. 22107](#); Cass. Civ. Sez. VI, [6 dicembre 2017, n. 29265](#).

[4] Il riferimento è ai numeri 4, 10 e 12 del [primo comma dell'art. 829 cod. proc. civ.](#), i quali recitano rispettivamente: "4. se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato [...]; 10. se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri; 12. se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato."

[5] Mediante il [Decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40](#).

[6] Per chi volesse approfondire il tema, senza pretesa di esaustività, si rimanda a Debernardi, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2014, fascicolo 1, pag. 135 e seguenti dove l'Autore mostra alcune pronunce molto discordanti della Cassazione, auspicando un intervento delle Sezioni Unite che chiarisca qual è la posizione attuale da preferire. Consolo, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, fascicolo 6, pag. 1406 ss. Spaccapelo, *Brevi note sull'ambito oggettivo e soggettivo della clausola compromissoria, nonché sulla sua interpretazione*, in *Riv. Arb.*, 2014, fascicolo 1, pag. 115 ss. De Santis, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*, in *Riv. Arb.*, 2015, fascicolo 1, pag. 83 ss.

[7] Con riferimento ad una situazione di simulazione assoluta, si veda Cass. Civ. 29265/2017, *cit.*, dove la Corte ha affermato la competenza del giudice ordinario con riferimento all'accertamento della simulazione assoluta. Va, tuttavia, precisato che nel caso in questione si discuteva soprattutto di consenso alla clausola arbitrale, in quanto una delle parti incluse nella simulazione assoluta non aveva sottoscritto la clausola. Con riferimento in generale all'approccio restrittivo della giurisprudenza al tema della *potestas iudicandi*, si veda Cass. Civ. [1674/2012, cit.](#), dove la Suprema Corte ha cassato la sentenza della corte d'appello di Napoli, la quale aveva ritenuto "attratta" nella *potestas iudicandi* degli arbitri la richiesta di risarcimento danni per vizi della cosa venduta [ex art. 1669 cod. civ.](#), configurando tale richiesta di risarcimento come necessariamente fondata sul contratto di compravendita. A giudizio della Cassazione, invece, tale richiesta di risarcimento deve appunto ritenersi configurata nell'ambito dell'[art. 1669 cod. civ.](#), e quindi comportante una responsabilità extracontrattuale e non contrattuale. Da qui, segue un interessante (seppur, a giudizio di chi scrive, non condivisibile) ragionamento che fa della differenziazione tra presupposto storico e collegamento causa petendi - clausola compromissoria il punto nevralgico. Usando le parole dei Giudici: "La clausola compromissoria riferentesi genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui inerisce, deve essere interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, **nel senso che rientrano nella competenza arbitrale**

possibilità o meno di esperire un'azione di accertamento in sede arbitrale^[8]. Se tuttavia si compie un passo indietro nel ragionamento logico e si costruisce l'architettura dell'azione di accertamento per ciò che effettivamente comporta, si giunge alla conclusione che, per accertare qualcosa (rimanendo nel nostro caso, la simulazione), si deve interpretare ciò che ha portato due (o più) parti a discutere. Se si parla (come nel nostro caso) di contratti e volontà negoziale delle parti, è evidente che l'opera interpretativa si debba rivolgere ad essi; e di conseguenza che l'accertamento (nuovamente, della simulazione) debba ritenersi compreso nella *potestas iudicandi* arbitrale in quanto presupposto necessario perché l'organo giudicante possa effettivamente conoscere l'oggetto della domanda e conseguentemente pronunciarsi su di esso.

La posizione espressa dalla Suprema Corte va precisamente in questa direzione, seguendo un cammino già intrapreso in

altre occasioni sia dalla stessa Corte^[9], sia dalla giurisprudenza di merito, sia in sede arbitrale^[10]. A titolo di esempio, una recente pronuncia della Corte di appello di Milano^[11] si è espressa in termini molto ampi circa la *potestas iudicandi* degli arbitri, ammettendola anche in situazioni di responsabilità precontrattuale, rigettando così l'impugnazione per nullità del ricorrente (fondata sull'allegazione che il collegio arbitrale avesse pronunciato al di fuori dei limiti della clausola compromissoria), e contemporaneamente seguendo l'orientamento di autorevolissima dottrina^[12] per la quale in presenza di contraenti che abbiano stipulato una clausola compromissoria, si debba intendere che «l'abbiano fatto rispetto a tutte le liti che trovano la loro occasione nel contratto, anche se eventualmente appartenenti al genere della responsabilità precontrattuale o aquiliana, salva l'esistenza di specifici indici contrari».

(tutte) le controversie relative a pretese aventi la loro causa petendi nel contratto medesimo [...]. Nella specie invece il contratto di compravendita costituisce il presupposto storico sullo sfondo del quale si innesta l'azione proposta, ma non la causa pretendi della stessa, perché il grave difetto costruttivo denunciato, essendo un comportamento rilevante solo sotto il profilo di un'eventuale responsabilità aquiliana, è un fatto che non sostanzia una domanda di fonte contrattuale, alla quale soltanto si riferisce la clausola arbitrale sottoscritta dalle medesime parti. (*Enfasi aggiunta*). Si veda inoltre Cass. 6308/2015, *cit.*, dove la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi in merito a un'exceptio compromissi sollevata dalla ricorrente, a detta della quale, in presenza di clausola compromissoria contenuta in un contratto, non si può distinguere la situazione in cui la contestazione investe il sorgere del credito da quella in cui investe la compensazione di quest'ultimo con altro credito presente in diverso contratto, anch'esso contenente una clausola compromissoria. I Giudici hanno tuttavia argomentato sulla stessa linea della Cassazione citata appena sopra: "Perché possa affermarsi la competenza arbitrale", vi deve essere "la necessità di una controversia che investa una causa petendi fondata sul contratto; il che non si verifica nel caso in cui l'esecuzione di un contratto rappresenta soltanto il precedente storico del credito vantato e si discute, senza invocare specifiche modalità di soddisfacimento del credito eventualmente previste nel contratto, soltanto della sua estinzione o meno sulla base di fatti esterni al contratto, come accade nel caso, dedotto nella specie, di estinzione per compensazione".

[8] Per un excursus storico sul tema, si veda Stasi, *L'azione di accertamento nel processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2004, fascicolo 4, pag. 509 e seguenti.

[9] Cass. Civ. 7282/2013, *cit.*, dove la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'estensione della potestas iudicandi degli arbitri con riferimento a un contratto preliminare e alla simulazione del contratto definitivo. A giudizio della Corte: "gli arbitri hanno l'obbligo di provvedere su tutto il "thema decidendum" ad essi sottoposto e non oltre i limiti di esso [...]. Ciò non toglie, però, che la cognizione degli arbitri, al pari di quella di chiunque sia chiamato ad esprimere un giudizio su una determinata controversia, si estende naturalmente (salvo eventuali ben precisi limiti legali) a qualsiasi aspetto della vicenda che risulti rilevante ai fini di stabilire se ed in qual misura la pretesa fatta valere da una parte sia fondata." Nella stessa, identica, direzione si vedano Cass. Civ. 10391/2018 *cit.*, che riprende in motivazione Cass. Civ. 7282/2013; e Cass. 22107/2018, *cit.*

[10] Collegio arbitrale, Bologna, 3 marzo 2004: "In presenza di pattuizione che sottopone agli arbitri le controversie relative solamente all'interpretazione del contratto, sono arbitrabili le azioni di mero accertamento che richiedano l'interpretazione del contratto, nonché le domande di simulazione in quanto hanno per oggetto la effettiva volontà delle parti e si configurano con mera azione di accertamento. Non sono invece arbitrabili le azioni di annullamento essendo azioni di natura costitutiva il cui accertamento non ha a che vedere salvo ipotesi di simulazione con la interpretazione del contratto." In *Foro padano*, 2005, 3-4, I, 835.

[11] App. Milano, sez. I, 8 agosto 2016.

[12] Salvaneschi, *Arbitrato*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile* (Zanichelli, 2014), pag. 192. Si veda anche Zucconi Galli Fonseca, in *Arbitrato*, Carpi (a cura di), Bologna, 2007, pag. 148 e seguenti e 190 e seguenti, dove l'Autrice propone di ricomprendere nell'ambito oggettivo della clausola compromissoria anche questioni di natura extracontrattuale nel caso in cui queste ultime siano comunque connesse al contratto contenente la clausola compromissoria. In termini più specifici, si veda Amendolagine, *Criteri interpretativi della clausola arbitrale e favor arbitrati*, in *Riv. Arb.*, 2019, fascicolo 1, pag. 115 e seguenti, dove l'Autore sottolinea come un ruolo centrale nell'ampiezza della clausola compromissoria lo giochi la comune volontà dei contraenti. In sintesi, "quando la convenzione arbitrale contenga il riferimento a definizioni giuridiche come sintesi del possibile oggetto delle future vertenze, tali espressioni non assumono lo scopo di circoscrivere il contenuto della convenzione arbitrale, come nell'ipotesi in cui gli istituti giuridici richiamati siano di tale ampiezza e caratterizzati da interconnessioni con altre categorie potenzialmente oggetto di lite, sì da rendere irragionevole una limitazione dell'ambito della clausola in parola fondata su valutazioni squisitamente letterali dei relativi termini." Infine, si veda Motto, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. Arb.*, 2006, fascicolo 1, pag. 88 e seguenti, dove l'Autore commenta la possibile ricomprensione all'interno dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria della questione dell'arricchimento ingiustificato.

4. Riflessioni conclusive

Ad opinione di chi scrive, questa posizione della giurisprudenza di favorire la competenza arbitrale in queste situazioni “grigie” è da abbracciare pienamente. In primo luogo perché i rischi che la posizione opposta comporta sono tanti, riferendosi sia all’interesse delle parti di avere una data controversia risolta (situazione che non si avrebbe nel caso in cui si accettassero tutte le eccezioni mirate a scovare appositamente pertugi “grigi” nei quali non far confinare la competenza arbitrale), sia all’interesse generale di avere un ordinamento che assicuri certezza e prevedibilità, obiettivi che non si raggiungerebbero se si ammettesse questa “discriminazione” verso il ruolo dell’arbitro, tipica di alcuni orientamenti precedenti alla riforma di equiparazione giudice - arbitro.

In secondo luogo perché la libertà e volontà negoziale di concludere contratti deve andare di pari passo con le medesime libertà e volontà di scegliere l’organo giudicante chiamato a risolvere eventuali controversie. Libertà di scegliere l’arbitrato significa anche libertà di non scegliere l’arbitrato: a parte i (sacrosanti) limiti imposti dalla legge, restanti ed eventuali restrizioni all’utilizzo dell’arbitrato devono poter rimanere nelle mani delle parti, e confinati al momento della conclusione dell’accordo compromissorio (clausola compromissoria o compromesso, a controversia già insorta), evitando così da un lato eccezioni temerarie e promuovendo, d’altro lato, una maggiore stabilità del sistema di risoluzione delle controversie.

SINDACATO DELLA SUPREMA CORTE

Il sindacato della Corte di Cassazione sulla valutazione imprudente della prova

Trascrizione della relazione tenuta nel corso del convegno
“Il punto su: il procedimento per Cassazione - L'esecuzione forzata - Deontologia e processo” (Bologna, 11 ottobre 2019)

di Mirco Minardi

DEL 14 NOVEMBRE 2019

Sommario

Introduzione

Il principio del libero convincimento

Il prudente apprezzamento nella giurisprudenza della Suprema Corte

Conclusione

Introduzione

Il titolo della mia relazione è “*Il sindacato della Corte di Cassazione sulla valutazione imprudente della prova*”. Ora, se noi accordassimo un fondamento a quel che afferma la Corte la mia relazione dovrebbe durare non dieci minuti, bensì dieci secondi, in quanto è a tutti noto il principio secondo cui la Suprema Corte non può sindacare il modo in cui il giudice di merito ha valutato la prova libera, trattandosi di accertamento di fatto insindacabile in sede di legittimità. Al limite è possibile invocare il controllo della logicità e razionalità della motivazione. Un motivo che si spingesse a chiedere questa indagine verrebbe dichiarato inammissibile prima ancora che infondato.

Tuttavia, la mia frequentazione quotidiana sulla banca dati della Corte mi ha insegnato che ogni principio di diritto va sempre sottoposto a controllo. In particolare, va verificata la coerenza tra il principio affermato e la prassi effettiva, come pure la natura assoluta o relativa del principio.

Ad esempio, è costantemente ripetuto che il giudizio sulla attendibilità di un testimone appartiene in via esclusiva al giudice di merito^[1]. Quindi, per riprendere l'esempio che faceva il Bigiavi^[2], se il giudice affermasse la buona fede di un testimone per il modo in cui teneva la penna al momento della firma del verbale, ciò sarebbe insindacabile dalla Cassazione? La risposta è senz'altro negativa, ma in questo caso la Corte direbbe che è la motivazione ad essere insanabilmente viziata e non dunque l'[art. 116 c.p.c.](#) ad essere stato violato. Cerchiamo di capire perché.

Il principio del libero convincimento

Un primo ostacolo è dato dal fardello del principio del libero convincimento che si troverebbe *consacrato*, per usare le parole del Satta, nell'[art. 116 c.p.c.](#), anche se poi lo stesso Satta scriveva che di questa norma “*si sentiva davvero ben poco il bisogno*” ^[3].

In realtà, per quanti sforzi si possano fare, non è possibi-

[1] Tra le tantissime e più recenti, v. Cass., sez. II, [08/08/2019, n. 21187](#).

[2] W. Bigiavi, *Il controllo di logicità da parte della Corte di cassazione*, in Foro it., 1940, IV, 33 ss.

[3] S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. I, Milano, 1966, pag. 463.

le trovare nell'[art. 116 c.p.c.](#) la dimostrazione che l'ordinamento processuale sia improntato sul libero convincimento del giudice, come invece ripetutamente affermato dalla Suprema Corte, forse sulla scorta della relazione che Calamandrei scrisse per il Ministro Grandi in cui, in effetti, si legge che *“romano è il principio che la prova è diretta a formare il libero convincimento del giudice”*.

Anzitutto, come ha rilevato Carmine Punzi^[4], se esaminiamo il codice civile notiamo che la libera valutazione rappresenta l'eccezione più che la regola, visto che davvero tante sono le norme che il giudice è tenuto a rispettare in materia di valutazione della prova.

In secondo luogo, l'[art. 116 c.p.c.](#) stabilisce che il giudice valuta la prova secondo il suo «prudente apprezzamento». Libertà e prudenza sono tutt'altro che sinonimi, non solo nell'esperienza giuridica, ma anche nell'esperienza di tutti i giorni.

Nel 1974, nella sua monografia dedicata al principio *de quo*, Mario Nobile^[5] scriveva che *“a forza di vantare con dogmatica sicurezza il principio del libero convincimento come fondamento imprescindibile del sistema, da troppo tempo se ne trascura l'approfondimento critico, con la conseguenza di una grande varietà di significati e soprattutto di una immagine equivoca della libertà del giudice”*.

Michele Taruffo, da parte sua, ha affermato che «libero convincimento» è una espressione *“incerta e nebulosa”* ^[6] e, mi permetto di aggiungere, per certi versi pericolosa, perché può davvero indurre il giudice di merito a credere che sia libero di formarsi il proprio convincimento.

In realtà, il principio in esame, a meno di intenderlo in maniera del tutto diversa dal senso letterale delle parole di cui è composto, non solo non trova nell'[art. 116 c.p.c.](#) la sua base di riferimento, ma non la trova in nessuna norma del codice, per la semplice ragione che nel nostro ordinamento^[7] il giudice non è affatto libero di formarsi il convincimento come dimostrano gli esempi che seguono: può il giudice affermare che nonostante i testimoni abbiano totalmente confermato in maniera coerente i fatti allegati dall'attore, rigettare la domanda sul rilievo che qualcosa dentro di lui gli dice che le cose siano andate diversamente? Può il giudice, nonstan-

te il ctu abbia escluso che il farmaco sia stato somministrato in dosi eccessive e che abbia provocato la bradicardia e il successivo arresto cardiaco, dissentire in forza del suo intimo convincimento? Può il giudice, nonostante il DNA abbia escluso che Tizio sia il padre di Caio, affermare il contrario sulla base della percepita somiglianza fisica? Può il giudice, in forza della suo libero convincimento, ritenere provato un fatto anche se gli elementi presuntivi non sono gravi precisi e concordanti? La risposta a queste domande non può che essere negativa. Il *“sentimento della certezza morale della verità”* di cui parlava il Mattiolo^[8] appartiene ormai ad un lontano passato ed ha osservato correttamente Michele Cantillo^[9] che più la società si evolve in senso tecnologico meno spazio c'è per il libero convincimento; ed era il 1998.

In realtà, il giudice civile italiano è tenuto ad adottare un vero e proprio «metodo» per la valutazione dei fatti giuridicamente rilevanti; ed in questo metodo si racchiude la prudenza di cui parla l'[art. 116 c.p.c.](#) che si sostanzia nell'uso di criteri logico razionali, cioè basati su regole di completezza, coerenza, congruenza e di massime di esperienza condivise in un certo momento storico. In sintesi, il prudente apprezzamento non è altro che una clausola generale richiamata da una norma giuridica. Violare quel canone significa violare la norma giuridica che quel canone richiama.

Conserva il giudice una certa libertà? Certamente, ma pur sempre nel perimetro tracciato dalla razionalità e dalla ragionevolezza.

Ritengo, dunque, che ci si debba liberare del principio del «libero convincimento» per sposare quello positivo del «prudente apprezzamento» di cui parla l'[art. 116 c.p.c.](#) per tutte le prove libere e l'[art. 2729 c.c.](#) per le prove indirette.

Il prudente apprezzamento nella giurisprudenza della Suprema Corte

Si è però già accennato che il rapporto della Suprema Corte con la clausola generale del «prudente apprezzamento» è un pessimo rapporto. I ricorsi che denunciano la violazione dell'[art. 116 c.p.c.](#) per l'errata valutazione della prova ottengono solitamente questa risposta: *«In tema di ricorso per cassazione, una censura relativa alla violazione e falsa ap-*

[4] C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Vol. II, Torino, 2010, pag. 90.

[5] M. Nobile, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pag. 3.

[6] M. Taruffo, *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1990, 1.

[7] Ben diversa, ad esempio, è la situazione in quegli ordinamenti in cui il verdetto è espresso dalla giuria popolare, la quale non è chiamata a motivare la propria decisione, come negli Stati Uniti.

[8] L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, Vol. III, Torino, 1931, pag. 371.

[9] AA.VV., *La Cassazione civile*, Giur. sistematica di diritto processuale civile, Vol. II, Torino, pag. 1641.

plicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma solo se si alleggi che quest'ultimo abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali, o abbia disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione" [10].

Di sindacato sulla valutazione imprudente in queste massime non si parla. Perché? Poco fa ho fatto riferimento al condizionamento del principio del libero convincimento, ma c'è un altro fattore da tenere in considerazione che consiste in un errore di fondo ovvero quello di ritenere che la «valutazione della prova» sia altro rispetto alla «motivazione sulla questione di fatto».

Giovanni Verde[11] ha icasticamente affermato che «*separare la questione di fatto da quella di diritto è come separare la carne dal sangue in modo indolore in un organismo vivente*». Ispirandomi a Lui, si potrebbe affermare che «*separare la valutazione della prova dalla motivazione in fatto della sentenza è come cercare di separare i globuli rossi dai globuli bianchi con le mani*». È infatti impossibile separare la valutazione della prova dalla motivazione in fatto della sentenza.

Quando fino al 2012 si parlava di motivazione omessa, insufficiente o contraddittoria si parlava anche e soprattutto di valutazione della prova omessa, insufficiente o contraddittoria. E il risultato cui perveniva la giurisprudenza della Cassazione non era poi così diverso rispetto a quello della dottrina: valutazione prudente significava valutazione operata secondo criteri logico razionali, facendo uso di massime di esperienza vere, accettate dalla comunità in un certo momento storico.

Di conseguenza, costituiva valutazione imprudente quella illogica, contraddittoria, insufficiente, parziale, irragionevole, congetturale, apodittica, incomprensibile, insostenibile.

Facciamo qualche esempio di regole generali di prudenza ricavate dalla giurisprudenza:

- il giudice non può tralasciare la valutazione di prove decisive (questa regola è oggi espressamente codificata nel n. 5 dell'[art. 360 c.p.c.](#));
- gli elementi di fatto di una presunzione si valutano in modo sintetico e non analitico[12];
- il giudice non può considerare la presunzione una prova di rango inferiore[13];
- l'inverosimiglianza di un fatto non rende di per sé inattendibile la testimonianza[14];
- il giudice non può ritenere aprioristicamente falsa una testimonianza solo perché resa da uno stretto congiunto, dal coniuge, da un amico o da un dipendente della parte[15];
- il giudice deve sincerarsi che il c.t.u. abbia risposto alle osservazioni critiche, specifiche e potenzialmente decisive sollevate dai c.t.p.[16];
- le massime di esperienza non possono essere scambiate con le congetture[17];

e così via.

La modifica del n. 5) dell'[art. 360, primo comma, c.p.c.](#) avvenuta nel 2012[18] nella sostanza non ha cambiato nulla, come aveva previsto parte della dottrina[19].

Al di là delle proclamazioni delle Sezioni Unite e delle sezioni semplici, ad ascoltar le quali parrebbe essere valida una sentenza insufficiente, i vizi che si facevano valere prima si fanno valere oggi e le sentenze che venivano cassate prima, vengono cassate oggi e come non venivano annullate prima non vengono annullate oggi.

[10] Cass., sez. VI, [17/01/2019, n. 1229](#).

[11] Ne dà atto B. Sassani nella nota n. 1 del suo contributo intitolato *Legittimità, "nomofilachia" e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in [www.judicium.it](#), in cui si legge che il Prof. Verde l'ha espressa in una sua Relazione, nella sede della Corte di cassazione, in uno degli incontri-dibattito sulla riforma delle impugnazioni nel corso del mese di novembre 2012. Alla Relazione corrisponde sostanzialmente l'articolo *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni* in [www.judicium.it](#).

[12] Cass., sez. trib., [17/12/2014, n. 26510](#).

[13] Cass., sez. III, [05/06/2007, n. 13082](#).

[14] Cass., sez. I, [10/09/1999, n. 9640](#).

[15] Cass., sez. I, [04/12/2014, n. 25663](#).

[16] Cass., sez. I, [20/03/2013, n. 7041](#).

[17] Cass., sez. lav., [23/11/2012, n. 20774](#).

[18] Il n. 5) dell'[art. 360 c.p.c.](#) è stato sostituito dall'[art. 54, d.l. 22 giugno 2012, n. 83](#) (conv., con modif., in [l. 7 agosto 2012, n. 134](#)). In precedenza, la disposizione prevedeva la possibilità di censurare il vizio di *omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio*. Oggi, invece, si prevede come motivo l'*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*.

[19] M. Bove, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo [art. 360 n. 5 c.p.c.](#)*, in [www.judicium.it](#).

Non ci si deve far fuorviare dalle massime che affermano che è sparito il controllo sulla motivazione in fatto se non nel caso di omesso esame di un fatto decisivo. Semplicemente c'è stata una redistribuzione dei vizi tra i motivi di cui ai numeri 3), 4) e 5) dell'[art. 360 c.p.c.](#) ed anche questo era stato anticipato dalla dottrina[20], tanto è vero che:

- il sindacato sulle presunzioni è stato suddiviso; una parte è andato sotto il n. 3) dell'[art. 360 c.p.c.](#) come violazione o falsa applicazione di diritto, una parte è rimasta nel n. 5) come omesso esame di un fatto[21];
- tutto ciò che prima rientrava nella insufficienza, intesa come apparenza, illogicità, contraddizione della motivazione è andato sotto il n. 4) e oggi si fa valere come nullità della sentenza per violazione dell'[art. 132, n. 4\) c.p.c.](#) [22];
- il rigetto della domanda per mancanza di prova, dopo aver ingiustamente rigettato la richiesta di prova, dopo le modifiche del 2012 è stata considerata una ipotesi di motivazione contraddittoria da far valere in relazione al n. 4)[23];
- l'omesso esame delle conclusioni del c.t.u. è rimasto nel n. 5), come pure è rimasto nel n. 5), ovviamente, l'omesso esame di un fatto decisivo[24].

Ritorniamo però alla questione della motivazione in rapporto con la valutazione della prova.

Il fatto che la motivazione inglobi la valutazione sulla prova non significa che perda di significato l'[art. 116 c.p.c.](#) e ciò per due ragioni. *In primis*, è tutto da dimostrare che l'[art. 132 n. 4\) c.p.c.](#), là dove obbliga il giudice ad indicare le *concise ragioni di fatto*, intenda come requisito a pena di nullità anche la logicità, razionalità e ragionevolezza della motivazione.

In secondo luogo, il vizio di motivazione non copre tutto. Si

supponga che il giudice di merito abbia accordato maggiore credibilità ad un teste per le fattezze del suo viso e quindi per la dimensione e la proporzione del naso, della bocca, degli occhi. Il primo istinto potrebbe essere quello di pensare che una sentenza del genere sarebbe cassata per assenza di una valida motivazione, come nell'esempio che faceva il Bigiavi. Si supponga, però, che il giudice giustifichi questa conclusione richiamando gli studi di fisiognomica, partendo da Aristotele e Ippocrate, passando per Pomponio Gaurico, Giambattista della Porta, Johan Kaspar Lavater, per arrivare alla morfopsicologia di Luis Cornan del secolo scorso. In questo caso non ci troveremmo di fronte ad una motivazione illogica o apparente, ma ad una motivazione fondata su quella che oggi viene considerata una pseudo-scienza o quanto meno una disciplina non generalmente condivisa. Affermare la nullità di una sentenza di questo tipo, sul presupposto che l'[art. 132 n. 4\) c.p.c.](#) implicherebbe il dovere per il giudice di rendere una motivazione basata su discipline accettate dalla collettività, mi pare francamente una manifesta forzatura. Ecco, dunque, che in questi casi soccorre la clausola generale dell'[art. 116 c.p.c.](#), che invece, facendo riferimento alla prudenza, richiama criteri di valutazione generalmente condivisi.

Conclusione

Dopo la riforma del 2012, l'invocazione da parte degli avvocati dell'[art. 116 c.p.c.](#) nei motivi di ricorso è raddoppiato[25]. Il che è abbastanza ovvio: quale norma migliore di questa per censurare gli errori sulla valutazione della prova[26]? Purtroppo, però, sono raddoppiate anche le pronunce di inammissibilità sotto tale profilo, perché i tempi non sono ancora maturi per un pieno riconoscimento della norma in esame.

[20] M. Bove, *op. ult. cit.*

[21] Cass., sez. III, 06/07/2018, n. 17720.

[22] Cass., sez. III, 18/06/2019, n. 16294.

[23] Cass. 9 novembre 2017, n. 26538.

[24] Cass. 31 maggio 2018, n. 13770; Cass. 29 maggio 2018, n. 13399.

[25] È sufficiente una semplice ricerca in una banca dati delle sentenze per esteso della Corte.

[26] Ovviamente non costituisce errore la scelta tra più opzioni, quand'anche si trattasse di quella meno plausibile. La valutazione errata, come già detto, è solamente quella illogica, irrazionale, insostenibile, inaccettabile.

CERTIFICATO DI TITOLO ESECUTIVO EUROPEO

Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il Regolamento n. 805/2004 - Prima parte

di Marco Farina

DEL 18 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. La competenza per il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo
2. Il procedimento di rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo nel Reg. 805/2004
3. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo. Premesse generali.
4. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo. I motivi che possono essere fatti valere con l'istanza di revoca.
5. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo. Natura e forma del procedimento.
6. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo. L'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione.

1. La competenza per il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo

Dal punto di vista procedimentale, la disciplina dettata dal [Reg. 805/2004](#) per il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo è assai lacunosa. In relazione all'organo deputato a rilasciare il certificato si prevede che esso coincida con «*il giudice o organo giurisdizionale incaricato del procedimento nel momento in cui ricorrono le condizioni di cui all'art. 3, paragrafo 1, lettere a), b) o c)*». Tale conclusione deriva dal combinato disposto degli [articoli 6, paragrafo 1](#), del regolamento in esame - il quale, infatti, prevede, che «*una decisione giudiziaria relativa ad un credito non contestato pronunciata in uno Stato membro è certificata, su istanza presentata in qualunque momento al giudice di origine, come titolo esecutivo europeo*» - e [4, paragrafo 6](#), il quale somministra la definizione di «*giudice di origine*» così come appena riportata nel precedente capoverso.

Non essendo stata dettata per l'Italia alcuna disposizione di attuazione è da ritenere che, nel nostro ordinamento, l'i-

stanza per il rilascio del certificato vada non solo presentata al giudice incaricato del procedimento nel momento in cui si è verificata la singola fattispecie di non contestazione, ma da questi dovrà anche essere decisa. Per esemplificare, «competente» ad emettere il certificato di titolo esecutivo in relazione ad un decreto ingiuntivo divenuto definitivamente esecutivo per mancata opposizione sarà il giudice che ha emesso il provvedimento monitorio in quanto giudice cui è demandato il potere, una volta scaduto inutilmente il termine per proporre opposizione, di pronunciarsi sull'esecutività del decreto stesso e che per questo può dirsi incaricato del procedimento al momento in cui si è verificata la singola ipotesi di non contestazione prevista, in questo caso, dalla [lettera b\) dell'art. 3](#) (quindi anche il giudice di pace, relativamente ad un decreto ingiuntivo non opposto da questi emesso).

Una volta individuato l'organo che dovrà provvedere a rilasciare il certificato di titolo esecutivo europeo occorre soffermarsi sulle modalità necessarie a stimolare siffatta attività[1].

[1] Per la necessità che il rilascio del certificato debba spettare ad un organo giurisdizionale, non risolvendosi detta attività in una «mera certificazione amministrativa» v. Corte di Giustizia, [17 dicembre 2015, C-300/14](#), che distingue la decisione relativa alla certificazione - che è un provvedimento di natura giurisdizionale che deve essere riservata ad un giudice - dall'attività di rilascio del certificato (che può evidentemente essere rimessa al cancelliere) ed affermando conclusivamente che «*la certificazione propriamente detta richiede un esame giurisdizionale delle condizioni previste dal regolamento 805/2004*»; nello stesso senso già Trib. di Milano, 23 aprile 2008 (in *Foro.it.*, 2009, 936, che aveva ritenuto invalido il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo da parte del Cancelliere).

2. Il procedimento di rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo nel Reg. 805/2004

L'[articolo 6](#) prevede esclusivamente che il certificato è rilasciato «*su istanza presentata in qualunque momento*». Le uniche indicazioni certe che si possono trarre dalla norma sono, da un lato, che è precluso al giudice di origine rilasciare il certificato *ex officio*, essendo al contrario necessaria un'apposita richiesta da parte del creditore in cui favore è stata emessa la decisione, dall'altro, che tale iniziativa del creditore non incontra preclusioni o decadenze di sorta potendo essere avanzata in qualsiasi momento, e quindi sia contestualmente alla richiesta di emissione del provvedimento destinato alla certificazione sia successivamente alla pronuncia dello stesso, e ciò in quanto il carattere *transfrontaliero* dell'esecuzione forzata della decisione non può, d'ordinario, essere sempre ravvisata già nel momento in cui il diritto di credito è giudizialmente fatto valere giudizialmente.

Per quanto riguarda le modalità di presentazione dell'istanza e, soprattutto, sulla necessità che di essa venga reso edotto il debitore al fine di permettergli di fare le sue osservazioni in merito alla ricorrenza dei requisiti previsti dall'[art. 6](#) il regolamento tace del tutto cosicché spetta all'interprete tentare di ricostruire, su basi a dire il vero un po' contraddittorie, la natura della certificazione di cui agli [artt. 6](#) e [9](#) del regolamento in esame.

Il controllo che fa carico al giudice competente a rilasciare il certificato di titolo esecutivo europeo è, indubbiamente, ampio e penetrante dovendo egli verificare, in ordine alla decisione destinata alla certificazione negli auspici del creditore, se sussistono i requisiti previsti dall'[art. 6, paragrafo 1](#), lettere a), b), c) e d). L'effetto che, poi, consegue al rilascio di un certificato di titolo esecutivo europeo in relazione ad una determinata decisione è quello, descritto nell'[art. 5](#), di eliminare, da un lato, la necessità di qualsiasi procedimento intermedio nello Stato membro in cui si ha intenzione di eseguire forzatamente la decisione stessa e, dall'altro, di rendere incontestabile in qualsiasi Stato membro diverso da quello in cui la decisione è stata resa il riconoscimento della decisione stessa.

In sostanza una volta emesso il certificato la situazione che si presenta in tutti gli Stati membri è uguale a quella che si presentava nel singolo Stato membro in cui fosse stata ottenuta una dichiarazione di esecutività di una decisione resa altrove ai sensi e per gli effetti di cui agli [artt. 38](#) e ss. del regolamento 44/2001.

Vi era, perciò, un certo parallelismo (di effetti) tra la certificazione come titolo esecutivo europeo di una decisione da parte del giudice dello Stato membro di origine e la dichiarazione di esecutività concessa secondo le pertinenti disposizioni del [Regolamento n. 44/2001](#).

A nostro avviso tale parallelismo conduceva e conduce tuttora ad una ricostruzione del procedimento di certificazione che, tenendo conto sia del fatto che il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo non è soggetto ad alcun mezzo di impugnazione (arg. ex [art. 10, paragrafo 4](#), Reg. n. 805/2004), sia della circostanza che il regolamento prevede espressamente la possibilità per il debitore di instare per la revoca del certificato illegittimamente concesso (arg. ex [art. 10, paragrafo 1](#), lett. b, reg. 805/2004), può essere così sinteticamente delineata.

L'istanza volta ad ottenere la certificazione come titolo esecutivo europeo dà luogo ad un procedimento unilaterale al quale non può e non deve essere chiamato a partecipare anche il soggetto nei cui confronti la decisione da certificare è stata resa. In questa fase, l'organo deputato al rilascio del certificato verificherà la sussistenza o meno dei requisiti di cui all'[art. 6](#), limitandosi, tuttavia, ad accertare in modo, diciamo così, provvisorio un vero e proprio effetto giuridico di natura schiettamente processuale, ossia l'automatica, uniforme ed incontestabile (salva, ovviamente, la revoca del certificato, su v. *infra*) vigenza dell'accertamento giudiziale e (o anche solo) del titolo esecutivo in tutti gli altri Stati membri. Il certificato di titolo esecutivo europeo, dunque, costituisce nulla più che una rappresentazione documentale dell'avvenuto accertamento di quell'effetto (o meglio, dell'avvenuto accertamento delle circostanze che giustificano la produzione di quell'effetto, ossia i requisiti di cui all'[art. 6](#) Reg. n. 805/2004) ad opera del giudice d'origine.

Siffatta iniziale unilateralità del procedimento certificativo si giustifica poi, sul piano delle garanzie difensive del debitore, con la possibilità per quest'ultimo di chiedere la revoca del certificato di titolo esecutivo europeo quando esso risulti «*manifestamente concesso per errore, tenuto conto dei requisiti stabiliti nel presente regolamento*».

Così come nel cessato regime di Bruxelles I si assisteva ad una inversione dell'onere del contenzioso a carico del soggetto nei cui confronti era stata resa la decisione destinata alla circolazione *infracomunitaria*, allo stesso modo nel sistema del [regolamento n. 805/2004](#) la possibilità concessa al debitore di chiedere la revoca del certificato rilasciato per errore, vale a dire senza che ne sussistano i presupposti, giustifica e, in qualche misura, impone la così ritenuta unilateralità del procedimento di certificazione in questa sua prima fase. Insomma, a nostro avviso, il rilascio del certificato da parte del giudice dello stato membro di origine è assimilabile, mutato quel che vi è da mutare, alla dichiarazione di esecutività che era emessa *inaudita altera parte* dal giudice e/o dall'autorità competente dello stato membro di esecuzione e/o di riconoscimento secondo le pertinenti disposizioni dell'oramai

abrogato [reg. 44/2001](#), mentre la richiesta di revoca del certificato è assimilabile, anche qui *mutatis mutandis*, all'opposizione che il debitore era onerato di proporre nei casi in cui una decisione resa nei suoi confronti fosse stata dichiarata esecutiva ex [art. 38](#) e ss. reg. n. 44/2001.

E non sono rilevanti, a nostro parere, per escludere la ritenuta unilateralità del procedimento di certificazione né la circostanza per cui il certificato di titolo esecutivo europeo può essere rilasciato solo dopo una verifica ufficiosa della sussistenza dei requisiti di cui all'[art. 6](#), né la circostanza per cui il [regolamento 805/2004](#) non prevede espressamente l'assenza di contraddittorio nell'iniziale fase di certificazione.

A tale ultimo proposito può infatti rilevarsi come l'iniziale unilateralità del procedimento deriva dalla riconosciuta possibilità per il debitore di proporre successivamente una domanda di revoca del certificato concesso *inaudita altera parte*, ossia di valersi di un rimedio giurisdizionale attraverso il quale si potrà liberamente contestare l'esistenza dei requisiti necessari affinché quel medesimo provvedimento possa essere concesso; se il debitore dovesse e potesse partecipare anche alla fase attinente al rilascio del certificato non si capirebbe, invero, il perché di questa ulteriore possibilità di difesa.

In altri termini può dirsi che la possibilità per il convenuto-debitore di instare per la revoca del certificato allorché questo sia stato rilasciato in assenza dei richiesti presupposti - ossia di agire giudizialmente per ottenere l'accertamento della mancata integrazione della fattispecie che consente l'incontestabile dispiegarsi dell'efficacia di accertamento ed esecutiva della decisione *extra territorium judicantis* - consente di "recuperare" la mancanza di contraddittorio nella fase relativa al rilascio del certificato rendendo così legittima la (limitata) compressione delle facoltà difensive del convenuto-debitore medesimo[2].

3. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo.

Premesse generali.

A questo punto è opportuno soffermarsi sulle forme e sull'oggetto del procedimento instaurato mediante l'istanza di revoca di cui all'[art. 10, paragrafo 1](#), lett. b) del regolamento in esame.

A nostro parere per individuare l'oggetto del giudizio di revoca nonché le forme procedurali che esso deve seguire non può non tenersi conto di quel parallelismo che abbiamo

ritenuto di poter intravedere tra l'istanza di revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed il ricorso che il debitore era onerato di proporre ai sensi e per gli effetti di cui all'[art. 43](#) del regolamento 44/2001 contro la dichiarazione di esecutività emessa *inaudita altera parte*.

La precedente considerazione ci induce, infatti, a ritenere che l'istanza di revoca debba essere esaminata e decisa secondo le norme di un procedimento in contraddittorio - in cui, cioè, devono essere sentiti tanto il debitore istante quanto il creditore che ha ottenuto il rilascio del certificato- destinato a concludersi con una decisione che accerterà l'(in)esistenza di quella fattispecie, descritta nei suoi elementi costitutivi dall'[art. 6](#) del reg. 805/2004 ed ulteriore rispetto alla mera esistenza e validità della decisione nello Stato membro di origine, idonea a produrre gli effetti, qualora formalmente attestatae documentalmente rappresentata nel certificato di titolo esecutivo europeo, di cui all'[art. 5](#) del reg. 805/2004. Sarebbe stato, pertanto, assai opportuno che il regolamento, anziché rimettere ai singoli diritti nazionali la disciplina delle modalità di svolgimento tanto del procedimento relativo al rilascio del certificato, quanto di quello relativo alla revoca del certificato stesso, avesse previsto una procedura uniforme al fondo omologa e del tutto simile a quella al tempo disciplinata dal [regolamento 44/2001](#) con le sole, ma assai rilevanti, differenze costituite (a) dallo spostamento del controllo circa l'integrazione di quella fattispecie descritta nei suoi elementi costitutivi dall'[art. 6](#) del reg. 805/2004 ed ulteriore rispetto alla mera esistenza e validità della decisione nel territorio in cui è stata pronunciata, dalle autorità dello Stato membro di esecuzione alle autorità dello Stato membro di origine; (b) dalla immediata esecutività attribuita al provvedimento (nel nostro caso, al certificato di titolo esecutivo europeo) emesso nella fase *inaudita altera parte*; (c) dalla illimitata espansione su tutto il territorio dell'Unione dell'efficacia di accertamento ed titolo esecutivo della decisione resa in un singolo Stato membro ed ivi certificata.

Così non è stato in quanto, come già rilevato, il regolamento in esame, da un lato, non disciplina specificatamente la procedura relativa al rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo - così lasciando spazio all'applicazione della legge nazionale - e, dall'altro, rinvia espressamente alla legislazione dello Stato membro di origine per quanto riguarda il rimedio della revoca (arg. ex [art. 10, paragrafo 2](#) e [art. 30, paragrafo 1](#), lett. a)[3].

[2] In Germania l'*unilateralità* del procedimento relativo al rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo è stata sancita dal § 1080 Z.P.O. il quale prevede che la decisione sull'istanza presentata dal creditore sarà assunta "*ohne Anhörung der Schuldners*", ossia senza che sia sentito il debitore.

[3] Sintomatico delle enormi difficoltà, non solo di ordine concettuale ma anche meramente pratico, che il rinvio alle singole discipline municipali può causare è il

4. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo. I motivi che possono essere fatti valere con l'istanza di revoca.

Da un punto di vista dei limiti oggettivi del giudizio di revoca del certificato è persino ovvio osservare che con esso non si potranno far valere eventuali profili di invalidità o ingiustizia della decisione certificata. La revoca, in effetti, ha ad oggetto il certificato e non la decisione, di modo che ad essa si potrà ammissibilmente aspirare solo allorché vengano dedotte censure che riguardino la (in)esistenza dei requisiti «per la certificazione come titolo esecutivo europeo» di cui vi è menzione nell'[articolo 6](#) e che, come detto, possono anche non coincidere (e, per solito, non coincidono) con altrettanti requisiti di validità ed esistenza della decisione nel foro^[4]. Al di là di queste agevoli notazioni, deve poi ribadirsi che seppure l'[articolo 10](#) si esprima nel senso per cui il certificato deve essere «revocato se risulta manifestamente concesso per errore, tenuto conto dei requisiti stabiliti nel presente regolamento», esso finisce comunque per dare rilevanza ad un vizio della certificazione consistente nella dedotta mancanza di uno o più dei requisiti stabiliti dall'[articolo 6](#) senza che a nulla rilevi, al fine di restringere l'ambito oggettivo delle contestazioni che possono farsi valere con l'istanza di revoca, la circostanza per cui la mancanza di un requisito della certificazione possa anche coincidere, in astratto, con un vizio intrinseco di invalidità della decisione atteso che il positivo riscontro di tale carenza rilevarebbe, come detto, non ai fini di un giudizio di invalidità *tout court* della decisione ma,

diversamente, esclusivamente al fine di negare alla decisione (che rimane valida ed esistente nel foro) la sua certificabilità come titolo esecutivo europeo, ossia al fine di negare che rispetto a tale decisione possa dirsi perfezionato l'effetto giuridico di cui all'[art. 5 del reg. 1215/2012](#).

A tal proposito deve quindi precisarsi che l'utilizzo dell'avverbio “manifestamente” utilizzato dall'[art. 10, lett. b\)](#), non è in grado di restringere l'ambito del sindacato rimesso al giudice di origine. Esso serve, semmai, esclusivamente a sostenere un'interpretazione restrittiva delle norme del regolamento in esame che riguardano, in un modo o nell'altro, i requisiti di certificabilità. In effetti l'errore, manifesto o meno, si concretterà in ogni caso nella mancanza di uno dei requisiti necessari alla certificazione di cui all'[art. 6](#)^[5].

5. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo. Natura e forma del procedimento.

Dal punto di vista del trattamento processuale da riservare a siffatto giudizio di revoca occorre far riferimento, per quanto riguarda il nostro ordinamento interno, alla comunicazione effettuata dallo Stato italiano ai sensi dell'[articolo 30](#) secondo la quale «*il procedimento di revoca del certificato di titolo esecutivo europeo di cui all'articolo 10, paragrafo 2, ai sensi della legge italiana è la revoca in camera di consiglio*».

Si tratta, come ben si intende, di una indicazione per nulla perspicua e che necessita, a parer nostro, di alcune importanti ed opportune precisazioni.

fatto che quasi ogni singolo stato membro ha ritenuto di poter dettare assai differenti regole di attuazione del precetto comunitario. E così se, ad esempio, in Germania e in Polonia è stato previsto che la revoca possa essere richiesta solo entro un dato termine (cfr. § 1081 ZPO che stabilisce che l'istanza di revoca debba essere proposta entro un mese dalla notificazione del certificato di titolo esecutivo europeo - notificazione che avviene d'ufficio ex § 1080 ZPO - se la notificazione debba essere effettuata in Germania, oppure entro due mesi se la notificazione debba avvenire all'estero; sarà qui agevole notare che detta scansione temporale coincide con quella che era appunto apprestata dall'[articolo 43](#) del Reg. 44/2001), in quasi tutti gli altri Stati membri non si prevede alcun termine di decadenza per la proponibilità dell'istanza di revoca. E ancora con riferimento alla possibilità di impugnare il provvedimento di revoca si notano significative differenze di disciplina posto che, ancora una volta, in Germania appare possibile impugnare solo la decisione di accoglimento e non anche quella di rigetto (arg. ex § 1081 che rinvia ai commi 2 e 3 del § 319 ZPO in tema di correzione delle sentenze), mentre, ad esempio, nei Paesi Bassi è possibile impugnare tanto la decisione di rigetto quanto quella di accoglimento con appello e poi con ricorso per cassazione.

^[4] Ma se anche coincidessero (ad es., il mancato rispetto delle norme di competenza esclusiva, oppure il mancato rispetto delle norme minime di procedura qualora da ciò possa conseguire anche una nullità della decisione secondo la *lex loci processus* e fatta salva, beninteso, la possibilità di una loro sanatoria ex [art. 18](#) anche ai fini della certificazione) la loro dedotta inesistenza nell'ambito del (solo) giudizio di revoca sarebbe, comunque, ammissibile in quanto una tale deduzione sarebbe certamente irrilevante ai fini della validità ed esistenza della decisione nel foro e conserverebbe rilevanza unicamente ai fini della sua eventuale circolazione infracomunitaria nelle agevolate e semplificate forme della certificazione come titolo esecutivo europeo. Sul punto v. anche meglio *infra*.

^[5] Se un voluto restringimento dei motivi ostativi alla circolazione *infracomunitaria* delle decisioni può aver senso, ad es., con riferimento a quelli che danno rilievo a clausole “generali” (v., infatti, quanto avviene con la nozione di ordine pubblico nel [reg. 1215/2012](#)), non sembra, al contrario, così ragionevolmente comprensibile qualora si abbia a che fare con requisiti procedurali (vale a dire, attinenti allo svolgimento del processo che ha condotto alla decisione certificata) analiticamente delineati dal legislatore comunitario e che, quindi, per loro stessa natura, diremmo, non sembrano possano prestarsi a late “interpretazioni” non strettamente aderenti alla lettera ed alla *ratio* che ispira il regolamento. Dovendosi anche notare che l'accentramento in capo ai giudici dello Stato di origine del controllo (iniziale e, poi, successivo in via di revoca) circa l'integrazione o meno della norma processuale che produce l'effetto di cui all'[art. 5](#) già di per sé costituisce, diciamo così, un argine ad ampie e generose interpretazioni volte a negare, a tutti i costi, l'automatica ed uniforme circolazione della decisione.

In primo luogo, può osservarsi che con l'aver fatto riferimento alla «revoca in camera di consiglio» potrebbe sembrare che si sia così voluta evocare la revoca di cui all'[art. 742 c.p.c.](#) di un precedente decreto anch'esso emesso in camera di consiglio. Se così fosse, ne dovrebbe derivare che anche la fase (anteriore) del rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo dovrebbe, allora, seguire le forme procedurali di cui agli artt. [737](#) e ss. c.p.c. con tutte le conseguenze che ne deriverebbero sia con riguardo alla struttura di questa prima “fase” del procedimento di certificazione^[6], sia in relazione alla competenza^[7], sia, infine, in punto di stabilità del provvedimento medesimo^[8].

Tuttavia, è possibile, e financo dovuta a nostro avviso, un'altra e diversa lettura del riferimento «alla revoca in camera di consiglio» contenuto nella comunicazione dello Stato italiano alla Commissione.

Detto riferimento, a nostro modo di vedere, non può costituire un elemento da cui poter trarre decisivi argomenti in ordine alla individuazione della esatta natura della funzione giurisdizionale esercitata tanto nella fase del rilascio del certificato, quanto nella successiva (ed eventuale) fase della sua revoca ma, al contrario, deve essere inteso quale mero rinvio alle forme dei procedimenti in camera di consiglio rese, così, applicabili alla trattazione di un ricorso (volto alla revoca) da esaminarsi «secondo le norme sul procedimento in contraddittorio» e sul quale il giudice competente dovrebbe potersi pronunciare «senza indugio»^[9].

La comunicazione italiana alla Commissione attiene, pertanto, alle forme del procedimento di revoca e non, invece, al suo oggetto dovendosi ritenere che l'istanza di revoca del

certificato di titolo esecutivo europeo dia luogo ad un giudizio di natura contenziosa avente ad oggetto l'accertamento della (in)esistenza di un vero e proprio effetto giuridico (seppure di mera e schietta consistenza *processuale*) disputato (o disputabile) nella sua esistenza tra le parti. Poiché la certificazione attesta documentalmente l'avvenuto accertamento da parte del giudice di origine della integrazione della fattispecie di cui all'[art. 6](#) (fattispecie rispetto alla quale i requisiti di certificazione sono altrettanti fatti costitutivi) e, quindi, del prodursi dell'effetto giuridico di cui all'[art. 5](#), la revoca tende, all'esito di un giudizio in contraddittorio, ad annullare e/o confermare l'accertamento della produzione di tale effetto giuridico mediante una contestazione relativa, in generale, alla mancata integrazione della fattispecie posta dalla norma sul riconoscimento dettata dall'[art. 5](#) e, in particolare, alla dedotta mancanza di uno o più dei fatti costitutivi di tale fattispecie (ossia, uno o più dei requisiti della certificazione). A nostro modo di vedere, dunque, l'attività del giudice di origine che rilascia il certificato di titolo esecutivo europeo, successivamente e su istanza del debitore, lo revoca o ne conferma la vigenza, non può essere di certo ascritta all'esercizio di funzioni giurisdizional-volontarie. In realtà, tanto l'attività compiuta dal giudice di origine al momento del rilascio del certificato, quanto quella compiuta dallo stesso al momento della sua revoca, costituiscono esercizio di attività giurisdizionale di cognizione incidente su contrapposte posizioni di diritto soggettivo (sebbene di consistenza meramente processuale, ossia strumentali alla realizzazione del diritto sostantivo accertato nella decisione da riconoscere e/o da eseguire) e, quindi, quando si agisce per la revoca di un cer-

[6] Che, in effetti, se così congegnato non potrebbe non prevedere la necessaria preventiva audizione del debitore che da tale decreto verrebbe ad essere “inciso”. Per la conclusione, invece, circa la dovuta *unilateralità* di questa prima fase v. quanto abbiamo precedentemente osservato nel testo e nelle note.

[7] Dovendosi, allora, ritenere che il rilascio del certificato dovrebbe avvenire sempre e comunque ad opera del Tribunale in composizione collegiale, e ciò anche quando, ad es., «il giudice o l'organo giurisdizionale incaricato del procedimento nel momento in cui ricorrono le condizioni di cui all'[articolo 3, paragrafo 1, lettere a\), b\) o c\)](#)» coincida con il giudice di pace (come pur possibile nei casi in cui il decreto ingiuntivo non opposto sia stato emesso proprio da quest'ultimo organo giurisdizionale).

[8] Se il riferimento alla «revoca in camera di consiglio» contenuto nella comunicazione effettuata dall'Italia alla Commissione ai sensi dell'[art. 30, paragrafo 1, lett. a\)](#), Reg. n. 805/2004 fosse veramente da intendersi alla stregua di un richiamo, puro e semplice, alla revoca di cui all'[art. 742 c.p.c.](#), dovrebbe infatti sicuramente negarsi la ricorribilità in cassazione del decreto che accordi o neghi la revoca del certificato. Ed infatti, la revoca del certificato di titolo esecutivo sarebbe, a questo punto, una vicenda attinente alla libera modificabilità e revocabilità di un provvedimento (vale a dire, l'originario rilascio del certificato) ascrivibile, seguendo tale ottica, all'esercizio di una funzione giurisdizional-volontaria. Poiché la revoca di un (precedente) decreto camerale giurisdizional-volontario si realizza mediante un procedimento che ripercorre il medesimo oggetto sul quale si era esercitato il primo potere decisorio e destinato a concludersi in un decreto che sostituisce quello precedente, pur nella eventualità che ne riaffermi il contenuto ne dovrebbe, allora, derivare che il provvedimento conclusivo del giudizio di revoca è, a sua volta, sempre liberamente (modificabile e) revocabile con conseguente esclusione del ricorso straordinario per cassazione per difetto del requisito della definitività).

[9] Come è agevole intuire, nel testo ci siamo serviti delle disposizioni di cui all'[articolo 43, paragrafo 3](#), ed all'[articolo 45, primo paragrafo](#), ultimo periodo, dell'oramai abrogato Reg. n. 44/2001. Ciò non perché, ovviamente, dette disposizioni fossero, al tempo in cui coesistevano con quelle del [reg. 805/2004](#), in qualche misura direttamente applicabili ma perché, come detto in precedenza, a noi è sembrato di poter scorgere un significativo parallelismo tra la scansione “dichiarazione di esecutività *inaudita altera parte*-opposizione ex [art. 43 Reg. n. 44/2001](#)” e quella “rilascio del certificato-revoca ex [art. 10 Reg. n. 805/2004](#)”.

tificato di titolo esecutivo europeo precedentemente rilasciato si è alla presenza di un giudizio che, puramente, segue le forme camerale ed è, perciò, destinato a concludersi con un decreto che, a nostro avviso, deve considerarsi ricorribile per cassazione ai sensi dell'[art. 111, comma settimo, Cost.](#)

Riepilogando quando siamo andati dicendo nel testo, quindi, sembrerebbe doversi concludere nel senso che: (i) l'istanza di revoca deve essere proposta con ricorso al Tribunale competente^[10] ai sensi e per gli effetti di cui all'[art. 737 e ss. c.p.c.](#); (ii) il ricorso così proposto e depositato introdurrà un giudizio da trattarsi nelle forme (semplificate) di cui agli artt. [737](#) e ss. c.p.c. e che si concluderà con un decreto pronunciato dal Tribunale in composizione collegiale che potrà divenire oggetto di un reclamo alla Corte d'Appello *ex art. 739 c.p.c.*

6. La revoca del certificato di titolo esecutivo europeo. L'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione.

In ordine alla ricorribilità per cassazione del decreto emesso dalla Corte d'Appello all'esito del reclamo di cui all'[art. 739 c.p.c.](#) noi crediamo che questa debba essere ammessa, e ciò sia che il decreto sia di accoglimento (nel senso che pronunci la revoca del certificato precedentemente emesso), sia nel caso in cui esso rigetti il ricorso («confermando la «vigenza» del certificato, ossia dell'effetto processuale descritto nell'[articolo 5](#) del Regolamento n. 805/2004).

Sia nel caso di rigetto che di accoglimento della istanza di revoca, quindi, noi crediamo che il provvedimento debba considerarsi sia definitivo che decisorio in quanto avente ad oggetto la dichiarazione di (in)esistenza di un vero e proprio effetto giuridico, seppur di mera consistenza processuale, dichiarazione non altrimenti impugnabile, né in altra sede più contestabile, revocabile o modificabile.

Ad ostacolare l'ammissibilità in tal caso del ricorso straordinario per cassazione non potrebbe essere, del resto, la circostanza per cui l'effetto giuridico dichiarato come (in)esistente dal giudice ha, come più volte detto, consistenza meramente processuale. Ed infatti può osservarsi, in via di estre-

ma sintesi, che quell'orientamento giurisprudenziale di legittimità che restringe l'ammissibilità del ricorso straordinario alle sole statuizioni di consistenza "sostanziale" vale, evidentemente, solamente laddove il tema processuale non costituisca, come nella specie (e come accade tipicamente proprio nei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento della avvenuta integrazione o meno della fattispecie posta dalla norma sul riconoscimento delle decisioni straniere), il "merito" della lite, ossia ciò su cui il giudice è chiamato a decidere in quanto *quid* controverso fra le parti^[11].

In ragione di quanto detto non ci sembra di poter condividere la diversa conclusione attinta da Cass. civ., sez. III, [22 maggio 2015, n. 10543](#) che ha negato l'ammissibilità del ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* avverso il decreto reso dalla Corte d'Appello all'esito del giudizio di reclamo *ex art. 739 c.p.c.* proposto avverso il rigetto della originaria istanza di revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ai sensi dell'[art. 10 Reg. 805/2004](#).

La non ricorribilità del provvedimento che decide sulla revoca, per [Cass. 10543/2015](#), deve argomentarsi in base al rilievo per cui il certificato di titolo esecutivo "*non è di per sé stesso decisorio, perché la tutela delle posizioni giuridiche relative alla violazione del diritto di difesa nel procedimento concluso con il titolo è riservata ad altri ambiti processuali, sol che il debitore se ne avvalga correttamente*"; stando a quanto rilevato nella motivazione di [Cass. 10543/2015](#), infatti, "*il sistema di impugnazione del complesso provvedimento in cui si articola il titolo esecutivo europeo (titolo domestico più certificato), impone di circoscrivere l'oggetto della revoca alla sola carenza evidente dei requisiti formali di rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo, tanto da limitarla ad un errore manifesto sulla sussistenza dei requisiti formali di rilascio e quindi del procedimento proprio e specifico di richiesta-esame-rilascio del certificato medesimo; qualunque ulteriore contestazione sul rito della formazione del titolo esecutivo, implicante la compressione del diritto del debitore di contestare il debito, ma pure sul merito della pretesa e per il caso sia ritenuta fondata l'indispensa-*

[10] Ossia al tribunale che ha rilasciato il certificato in quanto giudice incaricato del procedimento nel momento in cui si è verificata la fattispecie di non contestazione volta a volta rilevante, oppure al tribunale del luogo in cui ha sede il giudice di pace che ha rilasciato il certificato in quanto giudice incaricato del procedimento nel momento in cui si è verificata la fattispecie di non contestazione volta a volta rilevante. La competenza, in ogni caso, del Tribunale sul giudizio di revoca del certificato ancorché esso sia stato rilasciato dal giudice di pace sembra imporsi per effetto del richiamo alle forme camerale del procedimento che, come noto, impongono la decisione del Tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'ultimo comma dell'[art. 50-bis c.p.c.](#)

[11] Se così fosse dovrebbe, allora, negarsi la ricorribilità in Cassazione della ordinanza *ex art. 702-ter* (ossia di un provvedimento diverso dalla sentenza) con cui la Corte di Appello accoglie o rigetta la domanda di accertamento dei requisiti per il riconoscimento in Italia di una decisione proveniente da uno Stato terzo ai sensi degli artt. [64](#) e [67](#) L. 218/1995. Anche qui, in effetti, il provvedimento non ha ad oggetto né il merito della pretesa, né un vizio di rito nella formazione della decisione ma si limita ad accertare l'(in)esistenza di un effetto di natura processuale prodotto dalla integrazione della fattispecie posta dalla norma sul riconoscimento contenuta nell'[art. 64 L. 218/1995](#). Come noto, però, tali ordinanze sono ritenute pacificamente ricorribili per cassazione ai sensi dell'[art. 111, comma 7, Cost.](#)

bile preliminarmente contestazione in rito, va ricondotta all'ambito di operatività dell'art. 19 del Regolamento 805 e, quindi, all'esperimento, se ancora possibile, degli strumenti straordinari di revisione del titolo in sé considerato".

Poiché, in conclusione e secondo il ragionamento della Suprema Corte, l'istituto della revoca non involge alcun diritto del debitore relativo al merito della pretesa o alla correttezza del rito seguito per l'emanazione del provvedimento costituente il titolo esecutivo si deve, dunque, ritenere che, esistendo una sede propria in cui far valere le contestazioni relative alle violazioni procedurali idonee ad inficiare la possibilità per il debitore di contestare il credito (ossia, sempre secondo quanto rilevato dai giudici di legittimità, il procedimento di riesame di cui all'art. 19 Reg. 805/2004), «*il provvedimento della corte d'appello che definisce il reclamo avverso il diniego di revoca ai sensi dell'art. 10 del Regolamento non è suscettibile anche di ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. III, co. 7, Cost.*».

A noi sembra che rispetto a tale decisione siano necessarie le seguenti puntualizzazioni.

La decisione si fonda sul presupposto per cui tutte le volte che una determinata contestazione del creditore riguardi un profilo di invalidità o di ingiustizia della decisione, allora essa sarà irrimediabilmente preclusa nel giudizio di revoca del certificato dovendo quelle contestazioni indirizzarsi contro la decisione in sé e non contro il certificato utilizzando, se del caso, il rimedio concesso dalla legislazione dello Stato membro di origine per ottenere un riesame in casi eccezionali.

Che con la revoca non possano dedursi vizi di invalidità e/o di ingiustizia della decisioni in quanto tali è certamente vero: ciò però non significa che le volte in cui la ragione di contestazione fatta valere con l'istanza di revoca coincida con un requisito di validità della decisione, allora l'istanza sarà per ciò solo inammissibile.

Come più volte detto, il [reg. 805/2004](#) si muove ancora entro le coordinate sistematiche del riconoscimento delle decisioni: una decisione interna può aspirare alla circolazione infracomunitaria se emessa nel rispetto di determinati requisiti che costituiscono altrettanti fatti costitutivi di una fattispecie - posta dalla norma processuale sul riconoscimento che viene di volta in volta in rilievo - distinta ed ulteriore rispetto a quella che consente l'efficacia e la vigenza della decisione nel foro.

Qualora uno dei fatti costitutivi della fattispecie posta dalla norma sul riconoscimento coincida con un profilo che potrebbe costituire, allo stesso tempo, anche un vizio di invalidità della decisione *in sé*, la circostanza per cui tale vizio non sia stato dedotto con i rimedi impugnatori messi a dispo-

sizione dalla legislazione dello Stato membro di origine non rileva in linea di principio (e fatte salve specifiche disposizioni, quale quella ad es. dettata dall'ultimo comma dell'art. 18 del reg. 805/2004 o dall'art. 45, lett. b), Reg. 1215/2012) al fine di poter negare rilevanza ad una contestazione siffatta nell'ambito del giudizio in cui si controverta della mancata produzione dell'effetto giuridico che segue la integrazione della fattispecie sul riconoscimento.

Ad es., il decreto ingiuntivo non opposto, regolarmente notificato e rispettoso di tutti i requisiti di forma previsti dalla legislazione interna e delle norme minime di procedura di cui al capo III del [reg. 805/2004](#) può essere certificato come titolo esecutivo europeo solo se nel pronunciarlo il giudice italiano non abbia violato una delle competenze esclusive di cui all'art. 24 del Reg. 1215/2012. Se il decreto ingiuntivo non opposto emesso dal giudice italiano relativamente a canoni di locazioni dovuti in esecuzione di un contratto di locazione avente ad oggetto un immobile situato in Germania viene (erroneamente) certificato come titolo esecutivo europeo, il debitore potrà ammissibilmente e fondatamente chiedere la revoca del certificato (o, il che è lo stesso, agire in giudizio per ottenere l'accertamento della mancata integrazione della fattispecie posta dalla norma processuale sul riconoscimento) anche se, come ovvio, egli avrebbe ben potuto dedurre questa circostanza come vizio di rito idoneo a cagionare la nullità del decreto ingiuntivo all'esito della opposizione tempestivamente promossa.

Lo stesso vale, peraltro, anche per altri vizi di rito che pure possono colpire la decisione interna e rimanere, però, irrilevanti ai fini di un suo annullamento nello stato membro di origine in quanto non tempestivamente fatti valere con il rimedio impugnatorio a disposizione: se la violazione procedurale che cagiona uno di questi vizi di rito - oramai irrilevanti nello stato membro di origine al fine di determinare ivi l'annullamento *tout court* della decisione - configura, allo stesso tempo, un requisito ostativo per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione, essa potrà certamente essere dedotta nel giudizio di revoca a prescindere dal fatto che non sia stata tempestivamente fatta valere nel procedimento di formazione del titolo (salvo, beninteso, l'operare di meccanismi di sanatoria somministrati dalla stessa norma processuale sul riconoscimento).

Non appare, pertanto, convincente la tesi sostenuta dalla Suprema Corte in ordine alla mancanza di decisorietà e definitività del provvedimento che decide sul reclamo proposto alla Corte d'Appello avverso il diniego di revoca: al contrario quel provvedimento è decisorio in quanto accerta l'integrazione di una fattispecie diversa ed ulteriore rispetto alla mera vigenza nel foro della decisione da cui deriva un nuovo e

ben individuato effetto che coincide con il sorgere di un diritto pur di schietta consistenza processuale in dipendenza del quale il creditore può agire in qualsiasi stato membro ed il debitore non potrà in alcun modo opporsi al riconoscimento, nonché definitivo in quanto - per le ragioni anzidette - deve escludersi una concorrenza di rimedi nel senso che, seppure le dedu-

zioni che danno fondamento alla revoca possono (o avrebbero potuto) anche essere dedotte con un mezzo di impugnazione della decisione, ciò non potrà impedire di dare ad esse rilevanza all'esclusivo fine di ottenere un provvedimento che accerti l'erroneità della certificazione (ferma, quindi, la continuata efficacia ed irrevocabilità della decisione nel foro).

Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il Regolamento n. 805/2004 - Seconda parte

di Marco Farina

DEL 19 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Gli atti prodromici alla esecuzione forzata in Italia di un titolo esecutivo europeo
2. Il titolo esecutivo in senso documentale nel Reg. n. 805/2004
3. La competenza per l'opposizione all'esecuzione in caso di mancata elezione di domicilio del creditore ai sensi del terzo comma dell'art. 480 c.p.c. e di notificazione all'estero dell'atto di precetto
4. I provvedimenti di sospensione e limitazione dell'esecuzione di cui all'art. 23 del reg. n. 805/2004
5. Il contenuto dei provvedimenti limitativi o sospensivi del procedimento esecutivo

1. Gli atti prodromici alla esecuzione forzata in Italia di un titolo esecutivo europeo

Fatte salve le regole specifiche su cui avremo modo di indugiare nel prosieguo, il fatto che, a fondamento di un processo esecutivo da svolgersi in Italia per dare ivi concreta attuazione (e soddisfazione) ad un diritto di credito al pagamento di una somma di denaro, sia posta una decisione pronunciata in un altro Stato membro ed ivi certificata come titolo esecutivo europeo giustifica, comunque, l'applicazione del complesso di norme dettate dal nostro legislatore nel libro III del codice di rito.

Costituisce, in effetti, principio generale non solo e non tanto quello per cui «i procedimenti di esecuzione sono disciplinati dalla legge dello Stato membro di esecuzione»^[1] ma anche, se non soprattutto, quello per cui, in buona sostanza, una decisione emessa in uno Stato membro «è eseguita alle stesse condizioni di una decisione esecutiva emessa nello Stato membro di esecuzione». Ne discende, assai agevolmente, che per il caso in cui si voglia ottenere in Italia l'esecuzione forzata di una decisione pronunciata in altro Stato membro ed avente efficacia di «titolo esecutivo europeo», troveranno, in linea di massima, applicazione le norme «generali» sul processo esecutivo, nonché le norme «particolari» che disciplinano l'esecuzione forzata per espropriazione. Il creditore in possesso di una decisione giudiziaria certificata come «titolo esecutivo europeo» dovrà, dunque, dapprima provvedere alla notificazione dell'atto di precetto e del titolo esecutivo nei confronti del debitore esecutato ai sensi e per gli effetti di cui all'[art. 479 c.p.c.](#) per poi poter procedere,

dopo l'inutile spirare del termine dilatorio di cui all'[art. 482 c.p.c.](#) ed entro il termine di efficacia del precetto, al pignoramento in una delle sue varie forme.

Già queste fasi preliminari, tuttavia, impongono una breve riflessione. Gli è, infatti, che si deve innanzi tutto far chiarezza intorno a che cosa debba intendersi per titolo esecutivo in senso documentale allorché la decisione da eseguire in Italia sia certificata come «titolo esecutivo europeo».

2. Il titolo esecutivo in senso documentale nel Reg. n. 805/2004

A tal proposito deve ritenersi che il titolo esecutivo in senso documentale sia costituito dalla decisione e dal certificato rilasciato dal giudice dello Stato membro di origine ai sensi dell'[art. 9 Regolamento n. 805/2004](#). A tal proposito viene, in effetti, in rilievo l'[articolo 20 del Regolamento n. 805/2004](#) per il quale «il creditore è tenuto a fornire alle autorità competenti dell'esecuzione nello Stato membro dell'esecuzione: a) una copia della decisione che presenti le condizioni di autenticità prescritte, e b) una copia del certificato di titolo esecutivo europeo che presente le condizioni di autenticità prescritte».

Ciò è tutto quello che serve affinché in Italia possa dirsi adeguatamente e compiutamente perfezionata la rappresentazione documentale degli elementi costitutivi del diritto di procedere ad esecuzione forzata in uno Stato membro diverso da quello ove la decisione è stata resa. Segnatamente, nessuna spedizione in forma esecutiva di cui all'[articolo 475 c.p.c.](#) è possibile immaginare con riferimento ai documenti sopra

[1] Cfr. [art. 20 Reg. n. 805/2004](#).

menzionati (vale a dire, decisione e certificato), e ciò perché, come ben si intende, la spedizione in forma esecutiva da parte del cancelliere italiano della decisione straniera (e del certificato parimenti rilasciato da un'autorità straniera) non può che necessariamente escludersi, non potendo, evidentemente, tale attività avere ad oggetto atti formati e detenuti in originale da un'autorità straniera.

La questione relativa alla necessità o meno della apposizione della formula esecutiva allorché la decisione da eseguire in Italia sia una di quelle certificate come titolo esecutivo europeo ai sensi dell'[art. 9 del Regolamento n. 805/2004](#) deve, quindi, essere necessariamente posta in termini differenti. Nel senso che ciò che occorre chiedersi non è se la decisione straniera ed il certificato di titolo esecutivo europeo pronunciati in altro Stato membro debbano essere spediti in forma esecutiva ai sensi dell'[art. 475 c.p.c.](#) quanto, piuttosto, se la decisione giudiziaria pronunciata in altro Stato membro debba essere colà munita della formula esecutiva, allorché, è ovvio, in tal senso preveda la legge nazionale per i titoli esecutivi interni. Ma anche così posta, la questione deve, a nostro avviso, trovare soluzione negativa. Non è, in altri termini, affatto necessario che una decisione che sia stata certificata come titolo esecutivo in Francia o in Germania, per valere come titolo esecutivo in Italia debbano essere state ivi spedite in forma esecutiva.

Può a tal proposito rilevarsi non solo che, allorché l'[articolo 20 del Regolamento 805/2004](#) dispone nel senso che il creditore sia tenuto a fornire alle autorità competenti dell'esecuzione nello Stato membro dell'esecuzione una copia della decisione (e del certificato) che presentino «le condizioni di autenticità prescritte», detta disposizione finisce con il dettare, assai verosimilmente, una norma di diritto processuale civile uniforme a tenore della quale, in detti casi, il titolo esecutivo in senso documentale è sempre costituito da una semplice copia autentica della decisione (e del certificato); ma, di più, che in tali casi valgono proprio quelle considerazioni relative alla superfluità, non tanto del controllo rimesso alle autorità dello Stato membro di origine al momento della apposizione della formula esecutiva, quanto della stessa funzione cui in concreto attende il rilascio di una copia esecutiva della decisione.

Così individuato e delimitato, in relazione ad una decisione certificata come «titolo esecutivo europeo», ciò che debba intendersi per titolo esecutivo in senso documentale^[2], deve ora dirsi del fatto che ulteriori sostanziali variazioni al modo di procedere in questa fase preliminare dell'esecuzione non sembrano sussistere.

Come d'ordinario, dunque, il creditore procedente dovrà procedere alla notificazione (oltre che del titolo esecutivo) dell'atto di precetto rispettandone i requisiti di contenuto forma previsti dall'[art. 480 c.p.c.](#) Ed in ordine a tale aspetto possono qui farsi alcune puntualizzazioni.

3. La competenza per l'opposizione all'esecuzione in caso di mancata elezione di domicilio del creditore ai sensi del terzo comma dell'art. 480 c.p.c. e di notificazione all'estero dell'atto di precetto

Nel contesto del [Regolamento n. 805/2004](#) troverà certamente applicazione il disposto del [terzo comma dell'articolo 480 c.p.c.](#) a tenore del quale, come noto, «il precetto deve contenere la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio della parte istante nel comune in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione. In mancanza le opposizioni al precetto si propongono davanti al giudice del luogo in cui è stato notificato e le notificazioni alla parte istante si fanno presso la cancelleria».

Se il creditore domiciliato o residente all'estero ometta qualsiasi elezione di domicilio o dichiarazione di residenza nello Stato membro di esecuzione, ciò non è in grado di condurre ad un vizio dell'atto di precetto ma rischia, tuttavia, di introdurre alcuni non lievi inconvenienti in relazione alla funzione che a detta indicazione è riconnessa nel nostro ordinamento.

Non può affatto escludersi che l'esecuzione forzata in Italia si diriga nei confronti di un debitore che ivi non sia domiciliato, né residente. In tali casi, quindi, la notificazione dell'atto di precetto e del titolo esecutivo andrà effettuata in questo altro Stato membro in cui il debitore è domiciliato. Di talché, in mancanza di una (valida) elezione di domicilio del creditore già compiuta nell'atto di precetto, in questi casi non si saprebbe proprio in che modo poter individuare il giudice dell'opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#) che il debitore in-

[2] Nel caso in cui si dia applicazione del [Reg. n. 805/2004](#), ogni volta che la legge interna si riferisce al «titolo esecutivo» esso allora andrà inteso siccome unitariamente ed inscindibilmente costituito dalla decisione e dal certificato. Sicché, e ad es., nel caso di pignoramento mobiliare diretto all'ufficiale giudiziario richiesto dell'esecuzione dal creditore procedente dovranno essere da questi consegnati la decisione ed il certificato (oltre, ovviamente, all'atto di precetto); nel caso di pignoramento mobiliare presso terzi nell'atto di cui all'[art. 543 c.p.c.](#) dovrà essere indicata sia la decisione che il certificato (atti che, poi, unitamente all'atto di precetto dovranno essere depositati dal creditore ai sensi dell'[art. 543, quarto comma, c.p.c.](#)); nel caso di pignoramento immobiliare, il creditore procedente sarà tenuto a depositare, ai sensi dell'[art. 557, secondo comma, c.p.c.](#), la decisione e il certificato.

tendesse proporre prima dell'inizio dell'esecuzione forzata. In casi siffatti, come ben si intende, il luogo ove il precetto è stato notificato non può fungere da idoneo criterio per individuare il giudice competente. La soluzione crediamo, allora, che debba essere necessariamente ricercata facendo applicazione di criteri, per così dire, pragmatici.

Allorché ci si determini ad agire esecutivamente in Italia nei confronti di un debitore altrove domiciliato o residente, lo si farà, chiaramente, perché nel nostro Stato il creditore ha già previamente individuato l'esistenza di specifici beni o diritti utilmente aggredibili in via esecutiva. E seppure è ragionevole pensare che, in casi come questi, non si farà molta fatica a rispettare il requisito di cui al [terzo comma dell'art. 480 c.p.c.](#), nulla esclude che il creditore non ottemperi all'obbligo di elezione di domicilio nel luogo in cui si trova l'immobile, oppure vi ottemperi ma in modo errato (ad es., affidando la redazione del precetto ad un avvocato di Roma ed ivi domiciliandosi, in casi però in cui il bene immobile si trovi al di fuori della circoscrizione del Tribunale di Roma).

Se questo dovesse accadere, ciò non toglierebbe comunque il fatto che, da un punto di vista empirico, l'individuazione del giudice del luogo dell'esecuzione cui l'[articolo 27 c.p.c.](#) affida, in via generale, la competenza a conoscere delle opposizioni di cui all'[art. 615 c.p.c.](#) non sarebbe, poi, in codesti casi così sommamente disagiata e difficile.

In casi come questi, insomma, la preoccupazione del legislatore di individuare un unico giudice tra i più astrattamente ed ugualmente competenti per territorio verrebbe quantomeno ad attenuarsi, e ciò in virtù della, almeno immaginabile, limitata latitudine oggettiva degli elementi attivi del patrimonio del debitore eseguendo. Ne dovrebbe, allora, discendere una applicazione, diciamo così, pura e semplice dell'[articolo 27 c.p.c.](#), rispetto al quale la salvezza di quanto previsto dal [terzo comma dell'art. 480 c.p.c.](#) rimarrebbe in concreto irrilevante attesa la sua pratica impossibilità di fornire un criterio sussidiario. Al debitore, in altri termini, non potrà che spettare di proporre la sua opposizione prima che l'esecuzione abbia inizio dinanzi al giudice del luogo in cui in cui «le cose si trovano»^[3].

Ciò detto, deve conclusivamente osservarsi che giunti al mo-

mento iniziale dell'esecuzione forzata (ossia, nel caso di espropriazione, al pignoramento) la localizzazione all'estero del creditore o del debitore o, comunque, il fatto che detta esecuzione venga a fondarsi su di un «titolo esecutivo europeo» non sembrerebbero più aver modo di rilevare in ordine ad un differente modo di operare delle norme del codice di rito regolanti il processo esecutivo. Più che altro, infatti, la minacciata o concretamente intrapresa azione esecutiva sul fondamento di un «titolo esecutivo europeo» è in grado, semmai, di influire sul contenuto e sulla struttura dei rimedi concessi al debitore per contrastare o paralizzare detta iniziativa giudiziale.

4. I provvedimenti di sospensione e limitazione dell'esecuzione di cui all'art. 23 del reg. n. 805/2004

Ai sensi dell'[articolo 23 del Regolamento n. 805/2004](#) «se il debitore ha impugnato una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo anche con domanda di rievocazione ai sensi dell'[articolo 19](#) o chiesto la rettifica o la revoca di un certificato di titolo esecutivo europeo a norma dell'[articolo 10](#), il giudice o l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione può, su istanza del debitore, a) limitare il procedimento di esecuzione ai provvedimenti conservativi, o b) subordinare l'esecuzione alla costituzione di una cauzione di cui determina l'importo, o c) in circostanze eccezionali sospendere il procedimento di esecuzione».

La finalità di detta disposizione è abbastanza agevole da individuare. Con essa si vuole, in buona sostanza, evitare che, in Italia così come in qualsiasi altro Stato membro, venga data concreta e definitiva esecuzione ad una decisione altrove emessa e che ivi «rischia» di essere caduca a seguito della proposizione di una impugnazione, ovvero la cui efficacia esecutiva pan-europea garantita dall'avvenuta «certificazione come titolo esecutivo europeo» sia messa effettivamente in dubbio per il tramite di una istanza di revoca.

A nostro avviso, la norma contenuta nell'[articolo 23](#) del Regolamento n. 805/2004 attribuisce al giudice dell'esecuzione (solamente) un potere di incidere sull'ulteriore corso del processo esecutivo concretamente intrapreso dal creditore in Italia di natura, diremmo, eccezionale, perché volto a coordi-

[3] Andrebbe anche considerato, peraltro, che al debitore non sarebbe, altresì, imposto l'onere di giustificare l'avvenuto radicamento della controversia innanzi al giudice adito (ossia, di allegare e provare l'esistenza, rispetto a detto giudice, di uno dei criteri di collegamento previsti dall'[art. 26 c.p.c.](#)), spettando, semmai, al creditore l'onere di contestare la competenza deducendo l'inesistenza nel luogo prescelto dal debitore di beni o diritti utilmente aggredibili in via esecutiva (per essere essi, infatti, localizzati altrove). Detta distribuzione degli oneri di allegazione e prova, se per un verso sembra ricalcare quanto già avviene allorché il debitore (pur in presenza di una, *in thesi*, errata elezione di domicilio del creditore) instauri la sua opposizione pre-esecutiva nel luogo della notificazione del precetto, per altro verso, consentirebbe di evitare una, tutto sommato, ingiusta agevolazione del creditore nella individuazione dei beni da pignorare. Vale, infine, avvertire che, seppure una così problematica situazione non avrà modo di verificarsi assai spesso, è opportuno però rilevare che essa non sembrerebbe poter ricevere una soluzione, per così dire, rigorosa e confinata entro chiari e precisi limiti normativi. L'approccio pragmatico mostrato nel testo è, quindi, giustificato da queste considerazioni.

nare le sorti di quest'ultimo con l'esito di un processo di cognizione non solo pendente all'estero ma, di più, esso stesso avente ad oggetto la validità, in senso ampio, del titolo esecutivo.

Poiché la certificazione di una decisione come titolo esecutivo europeo conferisce, immediatamente ed automaticamente, al creditore il diritto di procedere ad esecuzione forzata in ciascuno Stato membro, pare corretto ritenere che la pendenza del giudizio di impugnazione della decisione o, comunque, del procedimento volto ad ottenere la revoca del certificato non potranno rilevare nel nostro Stato al fine di poter negare al creditore la stessa possibilità di dare ivi inizio all'esecuzione forzata. La certificazione, infatti, attribuisce al creditore un titolo esecutivo automaticamente ed incondizionatamente in grado di dare valido fondamento ad una vera e propria attività esecutiva da compiersi in uno Stato membro diverso da quello in cui la decisione medesima è stata resa, di modo che le circostanze attinenti alla sorte della decisione destinata a questa automatica circolazione esecutiva infracomunitaria, da un lato, e le vicende riguardanti la contestazione relativa alla (in)sussistenza degli stessi presupposti affinché questa efficacia di «titolo esecutivo europeo» possa in concreto venire a sprigionarsi, dall'altro, sono destinate ad incidere non tanto sul diritto di procedere ad esecuzione forzata tout court quanto, diversamente, solo ed esclusivamente sull'ulteriore corso di un «procedimento di esecuzione» che il creditore parrebbe, in ogni caso, in grado di poter validamente iniziare.

Ciò che la incardinata pendenza di questi due giudizi^[4] nello Stato membro di origine potrà, se del caso, impedire è, dunque, solo la possibilità che quell'esecuzione, comunque validamente intrapresa, possa (liberamente) proseguire sino al suo naturale esito soddisfacente.

Quello che, in conclusione, il [Regolamento n. 805/2004](#) non sembrerebbe consentire è l'adozione di un provvedimento emesso prima che l'esecuzione sia iniziata e che abbia, quindi, l'effetto di precluderne l'instaurazione in ragione di una sospensione della stessa efficacia esecutiva della decisione

certificata.

Lo stesso tenore letterale dell'[articolo 23](#) sembra confermare la circostanza per cui i provvedimenti ivi previsti e regolati (verrebbe da dire, a livello di diritto processuale europeo uniforme) non possano andare ad incidere sul regime esecutivo tout court della decisione, inibendone, integralmente, l'efficacia di titolo esecutivo per tutta la durata del processo di impugnazione reso pendente nello Stato membro di origine o, comunque, del giudizio di revoca sempre ivi instaurato. Non solo in detta disposizione, in effetti, si discorre di «procedimento di esecuzione» ma, di più, un eventuale provvedimento radicalmente inibitorio della stessa efficacia di titolo esecutivo della decisione dovrebbe, nel nostro ordinamento, necessariamente venire a collegarsi con una contestuale proposizione di una opposizione all'esecuzione preventiva ex [art. 615, primo comma, c.p.c.](#) di cui, a ben vedere, nel caso di specie non sembrerebbero esservi né la necessità, né tantomeno i relativi presupposti.

Ed invero, una volta che il debitore abbia impugnato la decisione nello Stato membro di origine o, sempre ivi, abbia proposto una istanza di revoca del certificato, questi potrebbe, in realtà, aspirare ad un provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo stesso solo ed esclusivamente proponendo, da noi, una opposizione all'esecuzione preventiva che, tuttavia, finirebbe fatalmente per mancare di oggetto o tema decisorio. In tali casi, infatti, il debitore non potrebbe affatto far valere una attuale contestazione in ordine alla (in)esistenza del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata quanto, piuttosto, potrebbe essere al più in grado di dedurre il futuro ed eventuale venir meno in dipendenza dell'esito di altro giudizio reso pendente nello Stato membro di origine.

I provvedimenti di cui all'[art. 23](#), in sintesi, attengono ad una speciale e peculiare forma di arresto non definitivo o di condizionamento dell'ulteriore corso del processo esecutivo già iniziato con il pignoramento che potranno e dovranno essere pronunciati dal giudice dell'esecuzione, su istanza del debitore esecutato, in conformità agli artt. [485](#), [486](#) e [487](#) c.p.c. ^[5].

[4] È appena il caso di notare che i provvedimenti di cui all'[articolo 23](#) potranno essere chiesti ed ottenuti solo allorché la decisione sia stata impugnata (e non anche, invece, allorché sia semplicemente ancora in corso il termine per proporre l'impugnazione), ovvero allorché sia stata presentata istanza di revoca. In relazione a quest'ultimo caso la scelta è comprensibile perché, come sopra visto, l'istanza di revoca (salve speciali disposizioni nazionali di attuazione, cfr. ad es. § 1081 ZPO) non è soggetta ad alcun termine.

[5] L'istanza del debitore, quindi, assumerà le forme del ricorso diretto al giudice dell'esecuzione e su cui quest'ultimo pronuncerà, dopo aver sentito le parti, con ordinanza in relazione alla quale potrà, semmai, porsi il problema di una sua reclamabilità ex artt. [624](#), [secondo](#) comma, e [669 terdecies](#) c.p.c., ovvero di una sua impugnabilità con l'opposizione agli atti esecutivi ex [art. 617 c.p.c.](#) Molto probabilmente, dovrebbe essere preferita la tesi della reclamabilità dell'ordinanza, e ciò in ragione del fatto che, attesa la limitazione dell'ambito di indagine rimesso al giudice dell'esecuzione per la pronuncia di detti provvedimenti (essenzialmente, se non esclusivamente, volto ad indagare la sussistenza del profilo del *periculum*), lo svolgimento di un processo a cognizione piena destinato a concludersi con una sentenza ricorribile per cassazione potrebbe apparire eccessivamente ingombrante (soluzione che pare trovare conferma in quanto di recente ritenuto da Cass. civ.,

Tutto ciò, peraltro, non significa affatto che, qualora l'esecuzione forzata da intraprendere in Italia abbia alla sua base una decisione certificata come titolo esecutivo europeo, al giudice italiano sarà sempre e comunque precluso di incidere sull'efficacia esecutiva di detto titolo, inibendola integralmente ed ancora prima che essa abbia avuto modo di manifestarsi mediante il compimento del primo atto di esecuzione. Un provvedimento di siffatto tenore potrà, certamente, darsi anche quando l'esecuzione forzata in Italia venga a fondarsi su una decisione certificata come titolo esecutivo europeo, solo che esso troverà la sua, diciamo così, legittimazione non nelle norme regolamentari quanto, diversamente, nelle disposizioni che regolano i rimedi "interni" comunque concessi al debitore per contestare l'ingiustizia dell'esecuzione medesima.

Ciò potrà, sicuramente, accadere allorché il creditore si determini ad agire esecutivamente in Italia sulla base di una decisione certificata come titolo esecutivo europeo la cui esecutività, tuttavia, sia già stata sospesa o revocata dal giudice d'origine proprio nell'ambito di un giudizio di impugnazione colà instaurato dal debitore. A tal proposito si deve, infatti, osservare che, nel caso in cui la decisione (nazionale) certificata come titolo esecutivo europeo sia stata impugnata nello Stato membro di origine, la previsione di poteri sospensivi o limitativi dell'esecuzione in capo ai giudici dello stato membro di esecuzione non vale, di certo, ad eliminare i concorrenti (ed in qualche misura) omologhi poteri che ai giudici dello Stato membro di origine sono attribuiti e riconosciuti dalla legge interna.

Allorché, ad es., l'esecuzione forzata in Italia sia stata iniziata sulla base di una sentenza contumaciale tedesca avverso la quale sia stata proposta opposizione, nulla sembrerebbe impedire ai giudici dello Stato membro di origine di pronunciare un provvedimento che ivi sospenda la provvisoria esecutività che a detta decisione compete "di diritto" [6].

Qualora si verifichi tale situazione e, ciò nonostante, il creditore intenda comunque agire esecutivamente in Italia il rimedio che, allora, dovrà riconoscersi al debitore sarà, questa volta, l'opposizione all'esecuzione (anche preventiva) ex [art. 615 c.p.c.](#), con cui si farà ammissibilmente e validamente valere il difetto di titolo esecutivo [7].

5. Il contenuto dei provvedimenti limitativi o sospensivi del procedimento esecutivo

Venendo, ora, al contenuto di tali provvedimenti limitativi e/o sospensivi del giudice dello stato membro dell'esecuzione abbiamo già dato conto del fatto che, a nostro avviso, la loro pronuncia presuppone un'esecuzione già iniziata. Quanto al nostro ordinamento, in ragione di quanto detto in precedenza, essi non sembrerebbero poter consistere, dunque, in un ordine di natura provvisoria che inibisca ex ante l'efficacia esecutiva del titolo esecutivo europeo concretamente azionato.

Da noi, insomma, sulla base di quanto disposto dall'[art. 23](#) il giudice dell'esecuzione (già iniziata) potrà (i) sospendere l'ulteriore corso del processo esecutivo, così da non permettere che essa prosegua sino al suo naturale esito soddisfacente senza che prima si sia deciso sull'impugnazione della deci-

sez. un. [23 luglio 2019, n. 19889](#), per la quale si può cogliere una "linea di tendenza del legislatore [...] nell'introduzione, quale rimedio generale avverso i provvedimenti che incidono sul processo di esecuzione nel senso di differirne l'ordinario corso, proprio del reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies").

[6] §§ 707 e 719 ZPO.

[7] Allo stesso modo, insomma, di quanto accadrebbe allorché, è evidente, si intendesse procedere in Italia ad esecuzione forzata sulla base di una sentenza interna la cui provvisoria esecutività sia stata sospesa dal giudice d'appello. In casi come questi, peraltro, è da credere che il rilascio del certificato «*comprovante la non esecutività o la limitazione della forza esecutiva*» non sia necessario per far venir meno l'efficacia del certificato di titolo esecutivo europeo a suo tempo rilasciato. In buona sostanza, il venir meno della *esecutività* della decisione nello Stato membro di origine (per effetto di un provvedimento inibitorio ivi pronunciato) è circostanza necessaria, ma allo stesso tempo, sufficiente per far venir meno anche la qualità di titolo esecutivo (*tout court* e non solo «europeo») della decisione. Ciò giustificando l'ammissibilità e, financo, la fondatezza di una opposizione all'esecuzione proposta dal debitore per far valere tale circostanza attinente, in sintesi, alla inesistenza del titolo esecutivo in senso sostanziale. Al più, quindi, il certificato «*comprovante la non esecutività*» di cui all'[Allegato IV](#) del Reg. n. 805/2004 servirà ad agevolare, su di un piano meramente «istruttorio», la comunque fondata iniziativa giudiziale del debitore (esecutando o esecutato). Ed è allora chiaro che, in casi come questi, la probabile e verosimile fondatezza della opposizione di una siffatta iniziativa oppositoria del debitore esecutato potrà anche legittimare, a nostro parere, un interinale provvedimento sospensivo da parte del giudice dell'opposizione ai sensi e per gli effetti di cui al [primo comma \(ultimo periodo\) dell'art. 615 c.p.c.](#), ovvero ai sensi dell'[art. 624 c.p.c.](#) (con la conseguente applicabilità, in tale ultimo caso, del meccanismo di cui all'[art. 624, comma terzo, c.p.c.](#) che, invece, non potrà darsi allorché l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'[art. 23](#) Reg. n. 805/2004). Più che altro vale la pena di osservare, ancora, che l'aver riconosciuto la sussistenza in capo ai giudici dello Stato membro di origine del potere di incidere (inibendolo del tutto) sul regime esecutivo della decisione certificata come titolo esecutivo europeo pone il problema, non agevolmente risolvibile, di comprendere in che modo il mantenimento della provvisoria esecutività della decisione nello Stato membro di origine, cagionato dal rigetto dell'istanza di inibitoria colà proposta, sia o meno in grado di vincolare i giudici dello stato membro di esecuzione allorché ad essi sia proposta una istanza di cui all'articolo 23.

sione (o sulla richiesta di revoca del certificato), oppure (ii) subordinarne la continuazione ad erigenda cauzione; senza, dunque, alcuna possibilità che venga emesso un provvedimento che abbia l'effetto di caducare del tutto il processo esecutivo già intrapreso rimuovendo (anche se solo provvisoriamente) il valore di titolo esecutivo europeo che spetta alla decisione, così determinando una anticipata inibizione della tutela esecutiva spettante al creditore che, assai verosimilmente, pare contrario allo spirito che anima i vari regolamenti nei quali si è proceduto all'abolizione dell'*exequatur*[8].

La scelta tra i diversi provvedimenti che possono essere pronunciati ai sensi dell'[articolo 23](#), sembrerebbe, pertanto, potersi e doversi ridurre a quella tra una sospensione del procedimento esecutivo già iniziato con il pignoramento ed una imposizione di una cauzione a carico del creditore. In concreto, l'adozione dell'uno o dell'altro provvedimento potrà

dipendere sia dalla fase del processo esecutivo in cui verrà avanzata l'istanza del debitore, sia dal "tipo" di pericolo[9] che si vuole evitare.

Nel caso in cui l'esecuzione sia semplicemente iniziata con il pignoramento (vale a dire, senza che si sia ancora giunti alla fase di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita già eseguita) i pericoli che si possono evitare sono: a) il pericolo che potremmo definire da esecuzione forzata ingiusta[10]; b) il pericolo di subire un'esecuzione forzata che rischia di provocare al debitore un danno diverso ed ulteriore da quello connotato a qualsiasi aggressione esecutiva che si riveli poi non conforme alla realtà processuale e sostanziale che potrà successivamente verificarsi o, addirittura, un danno irreparabile.

Detto che la prevenzione del primo tipo di pericolo appare messa fuori gioco dal fatto che esso si basa, pressoché esclusivamente, su di una prognosi di probabile fondatezza

[8] Ed infatti, anche a voler ritenere che la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo esecutivo europeo sia ancorata a «circostanze eccezionali» rimarrebbe, comunque, il fatto che un provvedimento siffatto finirebbe, comunque, per rendere alla decisione cui è riconosciuta efficacia di «titolo esecutivo europeo» un trattamento verosimilmente peggiore rispetto a quello che, al tempo di redazione ed entrata in vigore del [Reg. 805/2004](#), era riservato alle decisioni per cui era ancora richiesta una dichiarazione di esecutività (secondo quanto prevedeva il cessato [Reg. n. 44/2001](#)). Nel contesto di quest'ultimo regolamento, infatti, la pendenza di una impugnazione nello Stato membro di origine, ovvero la contestazione dei requisiti del riconoscimento, consentivano di procedere, comunque, ad imporre un vincolo di natura conservativa e prenotativa sui beni del debitore (ed anzi, tale "limitazione" neppure si poteva dare allorché il debitore avesse interposto nello Stato membro di origine un mezzo di impugnazione di natura "straordinaria"). E non rileva, a nostro avviso, il fatto che, nel [Reg. n. 44/2001](#), questo vincolo conservativo su elementi attivi del patrimonio del debitore avesse natura propriamente cautelare e non esecutiva. Da un punto di vista pratico, in effetti, la situazione di un debitore inciso da un sequestro conservativo destinato a convertirsi in pignoramento solo a seguito della decisione sulla impugnazione proposta nello Stato membro di origine (ossia, più propriamente, allorché si fosse positivamente concluso il procedimento di *exequatur* ripresi, a seguito di tale evento, dalla stasi che gli era stata impressa ai sensi dell'[art. 46](#)), ovvero da un pignoramento "sospeso" sino a questo stesso momento, non appare così facilmente percepibile. Del resto, come comunemente si insegna, il sequestro conservativo non è nient'altro che un pignoramento "anticipato". Pare, quindi, tutto sommato comprensibile l'idea del legislatore comunitario di attribuire, immediatamente ed incondizionatamente, al creditore un vero e proprio titolo esecutivo che fonda un diritto di procedere ad esecuzione forzata la quale, se del caso, potrà essere arrestata (su apposita istanza del debitore) ma mai completamente inibita. Solo così, insomma, si sarebbe potuta assicurare alla decisione che costituisce «titolo esecutivo europeo» che sia stata impugnata nello Stato membro di origine (o la cui efficacia esecutiva pan-europea sia stata, ove possibile, sempre ivi contestata) un trattamento, sostanzialmente e praticamente, identico a quello che era riservato ad una decisione dichiarata esecutiva con decreto pronunciato *inaudita altera parte* divenuto oggetto di rituale e tempestiva opposizione ai sensi del cessato [Reg. n. 44/2001](#). Nel contesto del [Reg. 1215/2012](#) (c.d. Bruxelles I-bis), parrebbe doversi ritenere che la previsione di cui all'[art. 44](#) non impedisca al giudice italiano di emettere un provvedimento che inibisca del tutto l'inizio dell'esecuzione forzata in quanto, a tacer di altre considerazioni, la contestazione del debitore circa l'impossibilità di riconoscere efficacia esecutiva ad una decisione straniera in ragione della presenza di uno o più dei motivi ostativi (al riconoscimento) di cui all'[art. 45](#) può costituire oggetto di una ammissibile opposizione all'esecuzione anche preventiva ai sensi dell'[art. 615, primo comma, c.p.c.](#), rispetto alla quale, dunque, non pare legittimo escludere - in dipendenza della particolare conformazione della contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata che così certamente si deduce - l'ipotesi che il verosimile esito positivo della contestazione venga tutelato in via anticipata e cautelare con un provvedimento interinale che inibisca alla decisione straniera azionata come titolo esecutivo di sprigionare qualsiasi efficacia esecutiva.

[9] Deve, infatti, osservarsi che i presupposti cui è collegata la pronuncia di uno dei provvedimenti di cui all'[art. 23](#) sono, da un lato, la dimostrazione da parte del debitore di avere reso *pendente* nello Stato membro di origine uno dei rimedi di cui fa parola il primo paragrafo dell'[art. 23](#) (ossia impugnazione, domanda di riesame o istanza di revoca e/o rettifica) e, dall'altro, la dimostrazione del *periculum in mora*. La valutazione del giudice dello stato membro dell'esecuzione, infatti, non pare possa investire, infatti, anche la verosimile o probabile fondatezza nel "merito" delle censure proposte dal debitore nello Stato membro di origine. Tale valutazione si risolverebbe, molto probabilmente, in una violazione del divieto di riesame nel merito della decisione (o del certificato) di cui all'[art. 21, paragrafo 2](#), del [Reg. n. 805/2004](#).

[10] Ossia il pericolo di subire un'esecuzione forzata ingiusta i cui risultati, cioè, non corrispondono a quelli che dovranno realizzarsi allorché vengano accolte o l'impugnazione o la richiesta di riesame della decisione.

del gravame proposto nello Stato membro di origine che, come detto, sembrerebbe preclusa al giudice dello stato membro di esecuzione, sembrerebbe, pertanto, doversi concludere nel senso che il debitore dovrà, per forza di cose, allegare che dal compimento dell'esecuzione gli possa derivare un danno (i) sub specie di impossibilità di recuperare le somme ottenute dal creditore - ed in questo caso sarà sufficiente che il giudice imponga al creditore il pagamento di una cauzione - oppure (ii) sub specie di definitiva perdita di un bene diverso da quello che si potrà recuperare qualora i gravami proposti nello stato membro di origine vengano poi accolti^[11]. Nel caso in cui, al contrario, l'esecuzione sia già arrivata alla fase di distribuzione del ricavato è chiaro che l'unico pericolo concretamente evitabile sarà quello consistente nella impossibilità per il debitore di recuperare dal creditore quanto da questi ottenuto all'esito di un'esecuzione forzata che, in caso di accoglimento dei gravami, non poteva essere iniziata né proseguita. In siffatta ipotesi si apre la via tanto ad un provvedimento impositivo di cauzione quanto ad un provvedimento di sospensione dell'esecuzione (recte: della distribuzione del ricavato).

La scelta tra i due rimedi andrà fatta, a nostro avviso, tenendo conto della situazione economica del creditore. Perché se esso non appare in grado di poter restituire al debitore quanto ricevuto all'esito dell'esecuzione - ciò giustificando l'esistenza di un pregiudizio da sterilizzare con la concessione del provvedimento limitativo e/o sospensivo dell'esecuzione - allora, molto probabilmente, neppure sarà in grado di far fronte all'esborso economico necessario per il pagamento della cauzione eventualmente imposta dal giudice. Il provvedimento impositivo della cauzione sarebbe, in questo caso, troppo penalizzante per il creditore - che se non versa la cauzione perde il diritto di procedere ad esecuzione forzata perché l'efficacia di titolo esecutivo è, appunto, subordinata al pagamento di quella - e non concederebbe al debitore un vantaggio maggiore rispetto a quello conseguibile con un mero provvedimento sospensivo della fase di distribuzione del ricavato. Riteniamo, pertanto, che il giudice dovrebbe limitarsi, in tali casi, ad emettere un provvedimento di sospensione del processo esecutivo in quanto provvedimento che contempera in modo bilanciato i contrapposti interessi delle parti.

[11] Così, ad esempio, se è stato pignorato un bene mobile diverso dal denaro oppure un bene immobile è chiaro che l'eventuale prosecuzione del processo esecutivo sino alla vendita comporterà una definitiva perdita di quel bene per il debitore così da ritenere giustificata una limitazione dell'esecuzione ai provvedimenti conservativi, *id est* una limitazione del processo esecutivo agli effetti conservativi del pignoramento.

Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il Regolamento n. 805/2004 - Terza parte

di Marco Farina

DEL 20 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Le conseguenze sull'esecuzione in corso della revoca del certificato di titolo esecutivo europeo
2. Il rifiuto dell'esecuzione per conflitto di decisioni ai sensi dell'art. 21 del reg. n. 805/2004
3. La contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata per motivi "interni"

1. Le conseguenze sull'esecuzione in corso della revoca del certificato di titolo esecutivo europeo

Quanto fino ad ora osservato vale, certamente, per le ipotesi in cui la richiesta dei provvedimenti di cui all'[art. 23](#) sia giustificata dalla pendenza nello Stato membro di origine di una impugnazione della decisione o di una sua richiesta di riesame; qualora, invece, una tale richiesta venga a giustificarsi in ragione della pendenza di una istanza di revoca del certificato le cose sembrerebbero stare diversamente allorché la decisione sia stata emessa all'esito di un giudizio iniziato dopo l'entrata in vigore del [Reg. 1215/2012](#).

Questo perché, nel cessato regime di Bruxelles I, la decisione, se non certificata come titolo esecutivo europeo, poteva legittimare l'inizio dell'esecuzione forzata in uno Stato membro diverso da quello ove era stata emessa solo se dichiarata esecutiva all'esito di un apposito procedimento di exequatur. L'accoglimento della istanza di revoca del certificato nello Stato membro di origine determinava, quindi, il venir meno del titolo esecutivo, senza possibilità di "salvare" l'esecuzione nel frattempo intrapresa per effetto di una suc-

cessiva dichiarazione di esecutività ai sensi delle disposizioni di cui al [Reg. n. 44/2001](#)^[1].

A seguito della generalizzata abolizione dell'exequatur per tutte le decisioni in materia civile e commerciale, la revoca del certificato di titolo esecutivo europeo^[2], l'accoglimento di una (mera) istanza di revoca del certificato di titolo esecutivo europeo non è più in grado di far venire meno tout court l'efficacia esecutiva della decisione straniera. La decisione, anche se non certificata, è comunque automaticamente riconosciuta nella sua efficacia di accertamento ed esecutiva secondo quanto previsto dal [Reg. 1215/2012](#) - fatta salva, dunque, solo la deduzione circa l'esistenza di uno o più dei motivi ostativi di cui all'[art. 45](#) Reg. 1215/2012 - e ciò comporta il sorgere di una serie di questioni non facilmente risolvibili. Ed infatti ci si può chiedere, innanzi tutto, cosa accada qualora l'esecuzione sia iniziata in virtù di una decisione certificata come titolo esecutivo europeo e, sospesa l'esecuzione ai sensi dell'[art. 23](#) in ragione della pendenza del giudizio di revoca del certificato, l'istanza di revoca venga infine accolta perché, ad es., la decisione certificata era relativa ad

[1] Atteso che, come noto, al fine di giustificare la legittimità di una esecuzione il titolo esecutivo deve esistere sin dall'inizio della esecuzione e non deve venir meno per tutta la durata del processo esecutivo. Di modo che, venuto meno il titolo esecutivo per la revoca del certificato, il fatto che la decisione possa diventare, di nuovo, titolo esecutivo (dopo il pignoramento) per effetto della dichiarazione di esecutività non consente di ritenere soddisfatta, appunto, la condizione per cui il titolo esecutivo deve esistere sin dall'inizio della esecuzione.

[2] Deve ulteriormente specificarsi che quanto si va dicendo nel testo vale, sicuramente, per il caso in cui, ad es., la revoca del certificato di titolo esecutivo europeo sia dovuta al fatto che la decisione certificata era relativa ad un credito contestato. In tale ipotesi la possibilità, nel vigore del [Reg. n. 44/2001](#), di ottenere una dichiarazione di esecutività o, nel vigore del [Reg. 1215/2012](#), di considerare la decisione comunque esecutiva pur a dispetto della revoca del certificato è certa perché la non contestazione è requisito di certificazione e non, invece, requisito per la dichiarazione di esecutività o per la circolazione automatica dell'efficacia esecutiva. Diversamente, altri requisiti della certificazione potrebbero costituire (anche) circostanze che concretano altrettanti motivi ostativi al riconoscimento tanto nel [Reg. n. 44/2001](#), quanto nel [Reg. 1215/2012](#) (ad es., revoca del certificato perché la decisione era stata emessa in violazione di una competenza esclusiva). In tali casi la questione problematica attiene al se la decisione sulla istanza di revoca resa dai giudici dello Stato membro di origine possa o meno circolare negli altri Stati così da vincolare e conformare il giudizio dei giudici dello Stato membro di esecuzione circa l'esistenza o meno di uno o più dei motivi ostativi al riconoscimento nel [Reg. 1215/2012](#).

un credito contestato. Nel sistema precedente l'esecuzione si sarebbe dovuta senz'altro arrestare per sopravvenuta carenza di titolo esecutivo riscontrabile anche d'ufficio dal giudice dell'esecuzione.

Nel sistema attuale, l'accoglimento della istanza di revoca del certificato non implica più che al fondo della esecuzione intrapresa sulla base della decisione certificata non possa dirsi esistente, sin dall'inizio, un titolo esecutivo atteso che, come visto, la medesima decisione, ancorché non certificata, gode comunque del regime di automatica circolazione (anche) della efficacia esecutiva garantitagli ex lege dal [Reg. 1215/2012](#) in dipendenza dell'abolizione dell'exequatur.

Ciò che la revoca del certificato comporta è, quindi, solo la (riacquisita) possibilità per il debitore di opporsi al riconoscimento della decisione deducendo la sussistenza di uno più dei motivi ostativi di cui al [Reg. 1215/2012](#).

A noi sembra che in una tale ipotesi, a seguito dell'accoglimento dell'istanza di revoca del certificato di titolo esecutivo europeo, l'esecuzione non possa, dunque, più definitivamente arrestarsi in quanto la decisione, pur non certificata, è comunque una decisione in materia civile e commerciale cui il [Reg. 1215/2012](#) riconosce comunque automatica efficacia esecutiva in ciascuno degli Stati membri a prescindere dalla certificazione nello stato membro di origine o della dichiarazione di esecutività nello stato membro di esecuzione. Spetterà, dunque, al debitore l'onere di proporre opposizione all'esecuzione per far valere, rispetto alla decisione già fatta valere come titolo esecutivo europeo, la presenza di uno o più dei motivi ostativi di cui all'[art. 45](#) Reg. 1215/2012. In questo caso, peraltro, dovrà anche ammettersi che il debitore possa proporre l'opposizione all'esecuzione pur dopo che sia stata autorizzata la vendita^[3] in quanto la possi-

bilità di dedurre tale contestazione può ragionevolmente dirsi sopravvenuta per effetto dell'accoglimento dell'istanza di revoca del certificato di titolo esecutivo o, comunque, può sempre altrettanto ragionevolmente sostenersi che prima di allora il debitore non poteva proporla per causa ad egli non imputabile.

Potrebbe, poi, accadere che l'istanza di revoca del certificato venga accolta quando l'esecuzione iniziata sulla base del titolo esecutivo europeo si sia già interamente svolta con la soddisfazione del creditore e, dunque, allorché la decisione abbia già concretamente dispiegato i suoi effetti (esecutivi) nello Stato membro di esecuzione. Ciò che può notarsi rispetto a tale evenienza è che un successivo giudizio di ripetizione dell'indebitato non pare potersi escludere anche se esso non potrà venire a fondarsi solo ed esclusivamente sul vizio di "rito", diciamo così, costituito dal fatto che l'esecuzione si è svolta sulla base di una decisione ex post privata dell'efficacia esecutiva.

Il debitore, a nostro avviso, potrà in tale ipotesi agire al fine di ottenere il diniego di riconoscimento in Italia della decisione ai sensi dell'[art. 45](#) Reg. 1215/2012, così da ottenere un provvedimento che, accertata la non riconoscibilità della decisione, potrà poi giustificare la condanna del creditore alla restituzione di ciò che è stato ottenuto all'esito dell'esecuzione forzata in quanto attribuzione patrimoniale da ritenere difforme rispetto alla *lex specialis* di quel rapporto promanante dalla decisione estera di condanna di cui è stata accertata la non vigenza in Italia^[4].

2. Il rifiuto dell'esecuzione per conflitto di decisioni ai sensi dell'art. 21 del reg. 805/2004

L'[articolo 21](#) del Regolamento n. 805/2004 disciplina una fattispecie che, se perfezionata, impedisce definitivamente il

[3] Ossia anche dopo che è maturata la preclusione che d'ordinario colpisce la proposizione di una opposizione all'esecuzione ai sensi del [secondo comma dell'art. 615 c.p.c.](#) per il quale «*nell'esecuzione per espropriazione l'opposizione è inammissibile se è proposta dopo che è stata disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli articoli 530, 552 e 569 salvo che sia fondata su fatti sopravvenuti ovvero l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa lui non imputabile*»

[4] In questo giudizio di (peculiare) ripetizione dell'indebitato - rispetto a cui è pregiudiziale l'accertamento della non riconoscibilità in Italia dell'efficacia di accertamento della decisione straniera che legittimava, dal punto di vista sostanziale, l'attribuzione patrimoniale che si è perfezionata all'esito dell'esecuzione forzata - non può escludersi la possibilità per il creditore di proporre una domanda riconvenzionale di condanna per il medesimo credito già soddisfatto il cui accoglimento produrrà l'elisione automatica delle reciproche partite di dare avere. Una tale ipotesi parrebbe doversi escludere solo allorché per il credito sia prevista una competenza giurisdizionale esclusiva dei giudici di uno Stato membro diverso dall'Italia (ed il ragionamento potrebbe valere anche nel caso in cui il creditore, in questo giudizio di ripetizione dell'indebitato, si difendesse proponendo non una domanda riconvenzionale di condanna ma opponendo in compensazione il credito oggetto della decisione straniera non riconoscibile perché anche in tal caso si potrebbero porre dei problemi in ordine alla sussistenza della giurisdizione per tale peculiare eccezione). In ogni caso pare ragionevole ritenere che l'eventuale decisione italiana di accertamento della non riconoscibilità e, quindi, di non vigenza in Italia della *lex specialis* promanante dalla decisione estera può condurre ad una pronuncia di condanna alla restituzione di quanto ottenuto dal creditore che non potrà essere, evidentemente, riconosciuta nello Stato membro di origine per l'evidente conflitto con la originaria decisione ivi ancora pienamente e perfettamente efficace; negli altri Stati membri, al contrario, la decisione italiana di condanna alla restituzione potrà essere eseguita se anche ivi si deduca ed accerti che la originaria decisione straniera non poteva essere riconosciuta per l'esistenza di uno o più dei requisiti ostativi di cui al [Reg. 1215/2012](#).

concreto dispiegarsi dell'efficacia esecutiva della decisione. Attraverso detto rimedio del «rifiuto dell'esecuzione», il debitore ha, quindi, la possibilità di contestare la (in)esistenza del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata sulla base di un titolo esecutivo europeo che sia, però, incompatibile con una decisione anteriore pronunciata in uno Stato membro (o in un paese terzo) tra le stesse parti e sul medesimo oggetto.

La norma da, quindi, rilievo al contrasto di decisioni che tradizionalmente costituisce un motivo ostativo al riconoscimento ed alla esecuzione delle decisioni straniere ma ciò fa, invero, in modo del tutto peculiare. Per un verso, infatti, essa richiede che la decisione incompatibile comunque vigente nello Stato membro di esecuzione sia stata emessa anteriormente alla decisione certificata come titolo esecutivo europeo; mentre per altro verso, essa, diciamo così, non si accontenta dell'esistenza del contrasto, prevedendo, al contrario, che detta incompatibilità, in sintesi, possa avere rilevanza al fine di impedire l'esecuzione del titolo esecutivo europeo solo allorché non sia stato possibile farla valere nel procedimento svoltosi nello Stato membro di origine.

La rilevanza sistematica di questa disposizione è indubbia e sul suo concreto modo di operare si dovrà indugiare un poco. Nel contesto comunitario il conflitto tra decisioni incompatibili rese, tra le stesse parti e sullo stesso oggetto, in differenti Stati membri rileva, come noto, non quale ragione di integrale inefficacia di una delle due decisioni ma, al contrario, come motivo ostativo al riconoscimento della decisione straniera e, così, di inefficacia di quest'ultima nel limitato ambito territoriale del singolo Stato membro in cui essa è fatta valere. Segnatamente, la circostanza per cui nello Stato membro in cui è chiesto il riconoscimento e/o l'esecuzione di una decisione resa altrove sia stata pronunciata una altra decisione con essa confliggente farà sì che la decisione straniera, pur continuando a produrre effetti nello Stato membro di origine, non sarà, al contrario, in grado di manifestare alcuna efficacia nel singolo Stato membro in cui si sono create le premesse per l'emersione del conflitto.

Convivono, pertanto, nello spazio giudiziario europeo due diverse e, appunto, incompatibili soluzioni giurisdizionali della medesima controversia sostanziale ciascuna limitata all'ambito territoriale di efficacia che le è proprio, ossia quello nazionale.

Nel contesto del [Reg. 805/2004](#) il contrasto tra decisioni finisce con l'assumere un rilievo diverso e peculiare. Seppure è vero, infatti, che la fondata deduzione di una anteriore de-

cisione incompatibile con il «titolo esecutivo europeo» rende inefficace detto titolo nel solo Stato membro di esecuzione, è anche altrettanto vero che, dandosi rilevanza ostativa alle sole decisioni anteriori che non potevano essere fatte valere nel procedimento svoltosi nello Stato membro di origine, si finisce con l'individuare una regola (tendenzialmente) uniforme volta alla soluzione del conflitto di giudicati.

All'incondizionata prevalenza del giudicato interno (tanto anteriore quanto successivo) che contraddistingue il sistema del riconoscimento e della esecuzione delle decisioni comunitarie viene, in effetti, a sostituirsi un principio in virtù del quale detto (incompatibile) giudicato interno è, beninteso al ricorrere di una specifica e peculiare condizione, posto nel nulla dalla successiva decisione che costituisce titolo esecutivo europeo.

Nel contesto del [Reg. 805/2004](#), insomma, vale la regola per cui il giudicato che si sia successivamente formato in violazione di uno precedente è, per ciò solo, in grado di prevalere in tutto lo spazio giudiziario europeo. Ed una tale soluzione consente, chiaramente, di garantire al meglio il raggiungimento dell'obiettivo di una automatica ed uniforme vigenza di un'unica decisione (vale a dire, quella pronunciata per seconda) nell'intero territorio dell'Unione.

In realtà, per il perseguimento di questo obiettivo non è tanto importante il fatto che si dia rilevanza solo ad una decisione incompatibile che sia stata emessa anteriormente al «titolo esecutivo europeo» quanto, piuttosto, la circostanza per cui il contrasto è sterilizzato tutte le volte in cui il debitore, pur potendolo fare, ha deliberatamente e consapevolmente ommesso di darvi rilevanza facendo valere detta incompatibilità nello Stato membro di origine.

Ciò che, peraltro, presuppone la concreta idoneità della decisione anteriore ad influire sul contenuto della decisione emessa successivamente in altro Stato membro ed alla quale sia attribuita l'efficacia di titolo esecutivo europeo. Il rifiuto dell'esecuzione sarà, infatti, possibile per tale specifico motivo solo nel caso in cui il debitore «non abbia avuto la possibilità di far valere l'incompatibilità nel procedimento svoltosi nello Stato di origine».

Detta impossibilità di far valere l'anteriore decisione interna nel procedimento svoltosi nello Stato membro di origine non deve tuttavia essere intesa alla stregua di un impedimento cagionato al pieno e libero esercizio delle facoltà difensive del convenuto nell'ambito del procedimento all'esito del quale si è (successivamente) formato il titolo esecutivo europeo^[5]. Piuttosto, detta impossibilità potrà dirsi sussistente

[5] Se, infatti, il convenuto ha mancato di far valere l'incompatibilità perché concretamente impedito a svolgere qualsiasi altra difesa in ragione di un vizio verifi-

tutte le volte in cui la anteriore decisione interna non avrebbe potuto esplicitare alcuna efficacia pregiudicante sull'esito del giudizio svoltosi all'estero, e ciò, assai verosimilmente, a cagione della sua non riconoscibilità nello Stato membro di origine^[6].

Se, quindi, la precedente decisione interna era astrattamente in grado di poter dare valido fondamento ad un'eccezione di precedente giudicato al fine di impedire la pronuncia della decisione estera, il fatto che essa non sia stata utilmente spesa darà luogo ad un contrasto di giudicati per la soluzione del quale si dovrà dare prevalenza a quello successivamente formatosi. Nel caso in cui, al contrario, l'anteriore giudicato interno non avrebbe, comunque, potuto dar luogo ad un'utile ed efficace spendita di una *exceptio rei iudicate* nello Stato membro di origine in ragione della sua non riconoscibilità, non potrà, allora, evidentemente valere il principio in virtù del quale il secondo giudicato è destinato a prevalere in virtù della preclusione dell'eccezione di cosa giudicata maturata nell'ordinamento dello Stato membro di origine.

Si potrebbe, allora, immaginare il caso di una sentenza italiana che abbia accolto un'azione di accertamento negativo proposta dal conduttore nei confronti del locatore relativamente alla inesistenza di un credito traente titolo da un contratto di locazione avente ad oggetto un bene immobile situato in Germania (e, quindi, in violazione di una regola di competenza esclusiva che ne preclude la circolazione ex [art. 45, lett. e\(ii\)](#), Reg. n. 1215/2012). Qualora successivamente a detta sentenza italiana, fosse il locatore ad ottenere proprio in Germania un decreto ingiuntivo "tedesco" non opposto e poi certificato come titolo esecutivo europeo, la successiva esecuzione in Italia di detto «titolo esecutivo europeo» parrebbe fondatamente "rifiutabile" ai sensi dell'[articolo 21](#). La decisione italiana contenente l'accertamento negativo del credito successivamente divenuto oggetto del «titolo esecutivo europeo» non avrebbe, in effetti, potuto esplicitare in Germania alcuna efficacia in virtù della sua non riconoscibilità.

Quanto appena detto, peraltro, non può tener conto delle numerose variabili che possono venire ad incidere sul corretto funzionamento dell'[art. 21](#) Reg. n. 805/2004. Fino ad ora, infatti, si è fatto riferimento al caso in cui alla decisione che costituisce «titolo esecutivo europeo» e di cui è stata chiesta l'esecuzione in Italia venga «opposta» la sussistenza di un precedente giudicato ivi formatosi. È bene avvertire, però, che non sempre la situazione potrà presentarsi con questa, diciamo così, linearità.

Si immagini il caso in cui ad essere certificata come «titolo esecutivo europeo» sia una sentenza contumaciale tedesca. Si ipotizzi, ancora, che in Italia venga pronunciata, successivamente a detto provvedimento tedesco ed alla scadenza del termine per proporre opposizione, una sentenza che accolga la domanda di accertamento negativo proposta dal debitore che era stato convenuto in Germania. In tali casi non v'è dubbio che l'applicazione dell'[art. 21](#) Reg. n. 805/2004 è messa fuori gioco per difetto del requisito dell'antiorità della decisione interna. Tuttavia, se la sentenza interna (pur successiva) avesse comunque acquisito forza di giudicato ci si potrebbe, allora, chiedere se detto contrastante giudicato interno successivamente formatosi possa essere, comunque, in grado di porre nel nulla, in Italia, l'anteriore giudicato tedesco, e ciò per effetto delle regole interne che disciplinano il conflitto di giudicati.

Non sempre, insomma, il difetto del requisito dell'antiorità della decisione interna confliggente è in grado di giustificare la incondizionata prevalenza (*sine die*) del giudicato "straniero" in virtù dell'operare dell'[articolo 21](#). E questo perché, assai verosimilmente, pur una volta automaticamente riconosciuto detto giudicato, il successivo formarsi di un giudicato nazionale che del primo, pur erroneamente, non abbia tenuto conto comporterà il radicarsi di un conflitto tra giudicati per la soluzione del quale non pare che l'[art. 21](#) Reg. n. 805/2004 sia davvero in grado di individuare una regola uniforme.

catosi nella fase della instaurazione del contraddittorio, allora il rimedio concesso a questi non sarà l'istanza di rifiuto della esecuzione quanto, diversamente, l'impugnazione della decisione o, comunque, la richiesta di un suo riesame ai sensi dell'[art. 19](#) Reg. n. 805/2004 (se ammesso secondo la legislazione dello Stato membro di origine, altrimenti la decisione neppure potrebbe essere certificata). Deve anche aggiungersi, peraltro, che i vizi che abbiano inciso sulla corretta instaurazione del contraddittorio potranno anche dar luogo ad una istanza di revoca del certificato sul presupposto della insussistenza di uno dei suoi necessari requisiti (vale a dire, l'osservanza delle norme minime di procedura).

[6] Deve anche rilevarsi come a dare fondamento all'istanza di rifiuto dell'esecuzione per "contrasto di decisioni" non potrà essere il fatto che la decisione interna non abbia alcuna efficacia di accertamento extraprocessuale (come potrebbe accadere, ad es., se in Italia fosse stato pronunciato un provvedimento cautelare anticipatorio di contenuto contrastante con la condanna recata dal titolo esecutivo europeo). Seppure in questi casi la decisione interna, proprio perché non munita di alcuna efficacia di accertamento extraprocessuale (e nemmeno vi tenda), non poteva essere fatta valere nel procedimento svoltosi nello Stato membro di origine per pregiudicarne, diciamo così, gli esiti, andrà tuttavia osservato che in casi come questi (ossia, quando le due decisioni in potenziale conflitto non posseggano un'intensità di effetti quantomeno equivalenti) non sembrerebbe potersi parlare di vera e propria incompatibilità tra decisioni rilevante ai fini del «rifiuto dell'esecuzione». Si avrebbe qui, al contrario, un semplice superamento dei risultati della cognizione piena su quelli della cognizione sommaria.

Non si tratterà qui, chiaramente, di incidere (ex post) sul riconoscimento della decisione “straniera”, disconoscendole efficacia ai sensi dell'[art. 45, lett. c](#)), Reg. n. 1215/2012 (qui, certamente, inapplicabile) ma, più semplicemente, di fare applicazione delle norme interne in virtù delle quali la prevalenza deve essere riconosciuta all'accertamento più recente. Anche in casi come questi, pertanto, sembrerebbe potersi ammettere una deduzione del debitore volta ad impedire lo svolgimento tout court di una esecuzione forzata per l'attuazione di un diritto di credito successivamente accertato siccome inesistente da una prevalente (sotto questo profilo) sentenza interna.

Da un punto di vista schiettamente procedurale si deve osservare che in Italia la deduzione di questo specifico motivo (uniforme) di «rifiuto dell'esecuzione» fondato sul contrasto di decisioni dovrà avvenire attraverso la proposizione di un'opposizione all'esecuzione ex [art. 615, primo o secondo](#) comma c.p.c. attenendo esso alla (in)sussistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata del creditore.

Deve, peraltro, escludersi, a nostro avviso, che un'azione volta ad ottenere il «rifiuto dell'esecuzione» di un titolo esecutivo europeo sotto tale specifico profilo possa essere proposta pur a prescindere dalla già effettuata richiesta di esecuzione in Italia da parte del creditore. A nostro parere, l'ammissibilità di una tale azione (massimamente) anticipata e preventiva del debitore parrebbe dover essere esclusa in quanto si farebbe fatica ad intravedere un attuale e concreto interesse ad agire del debitore la cui iniziativa, invero, sarebbe volta a paralizzare una futura e del tutto eventuale aggressione esecutiva che potrebbe, quindi, anche non trovare mai reale concretizzazione nel nostro Stato. Il tenore letterale della disposizione, peraltro, è sufficiente chiara nel delineare tale rimedio siccome esclusivamente destinato ad impedire lo svolgimento di una esecuzione che sia stata già richiesta dal creditore, così come sembra anche sufficientemente chiaro che la consistenza di siffatto giudizio avrebbe, al fondo, una consistenza meramente processuale. Di talchè varrebbe ad impedire un'azione siffatta del debitore anche la considerazione per cui, ammettendola, si finirebbe, così, per ampliare il novero delle azioni aventi ad oggetto situazioni giuridiche di natura non sostanziale, che al contrario si reputano per solito tendenzialmente eccezionali e dunque d'interpretazione stretta.

3. La contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata per motivi “interni”

Il «rifiuto dell'esecuzione» di un titolo esecutivo europeo potrà darsi in Italia (come altrove) anche indipendentemente dalla deduzione dello specifico motivo uniformemente previsto dall'[articolo 21](#).

La contestazione da parte del debitore del diritto di procedere ad esecuzione forzata astrattamente spettante al creditore in virtù del possesso di una decisione avente efficacia di «titolo esecutivo europeo» potrà, dunque, essere, da noi, veicolata nelle consuete forme della opposizione all'esecuzione ex [art. 615 c.p.c.](#) per la quale varranno le, del pari, consuete ed ordinarie «regole» in punto di ampiezza di discussione e di indagine che in tale giudizio sono consentite.

Va solo precisato, con riguardo a quest'ultima notazione, che se è vero che, pure nel caso di esecuzione forzata venutasi a fondare su di un titolo esecutivo europeo, a trovare applicazione saranno quei noti principi che presiedono, in sintesi, alla individuazione dei motivi spendibili con detto mezzo di contestazione concesso al debitore (esecutando o) esecutato, è anche altrettanto vero che detta circostanza è, comunque, in grado di giustificare talune puntualizzazioni.

Sin da subito, allora, andrà evidenziato che attraverso l'opposizione all'esecuzione il debitore esecutato non avrà, di certo, la possibilità di contestare il diritto di procedere ad esecuzione forzata del creditore sotto il profilo dell'inesistenza della qualità di titolo esecutivo della decisione cagionata dalla dedotta mancanza dei requisiti di certificabilità della decisione medesima.

Una tale contestazione deve ritenersi in tale sede preclusa sia perché essa potrà dare, semmai, fondamento ad un'istanza di revoca del certificato di titolo esecutivo europeo da proporsi ai giudici dello Stato membro di origine ai sensi dell'[art. 10](#) del Reg. n. 805/2004, sia perché, come espressamente previsto dall'[art. 21, paragrafo 2](#), di questo medesimo regolamento «in nessun caso la decisione o la sua certificazione come titolo esecutivo europeo può formare oggetto di un riesame nel merito nello Stato membro di esecuzione». La (in)sussistenza di uno dei motivi ostativi alla certificazione non potrà, quindi, costituire valido ed ammissibile motivo di opposizione (di forma) all'esecuzione[7].

Con l'opposizione all'esecuzione di cui all'[art. 615 c.p.c.](#), peraltro e come noto, il debitore può contestare il diritto di pro-

[7] Per la (invero pacifica) affermazione giurisprudenziale del principio v. Trib. La Spezia, 7 febbraio 2008, in *Foro It.*, 2009, I, 936, Trib. Tolmezzo, 7 marzo 2009, in *Riv. esec. forzata*, 2009, 477, con nota di De Stefano, Trib. Monza, 1 febbraio 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, 416, Trib. Nocera Inferiore, 16 gennaio 2013. Con riferimento ai casi in cui si cerchi di dare esecuzione in Italia ad una decisione «certificata come titolo esecutivo europeo», l'ammissibilità di una opposizione (di forma) ex [art. 615 c.p.c.](#) che venga a fondarsi sulla dedotta inesistenza del titolo esecutivo in senso sostanziale (per carenza di una «valida» certificazione del-

cedere ad esecuzione forzata non solo e non tanto sotto il profilo della inesistenza (originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo) quanto, di più e diversamente, per inesistenza del diritto di credito incorporato nel titolo esecutivo.

Anche l'opposizione all'esecuzione per ragioni di merito proposta per l'ipotesi di esecuzione forzata intrapresa o minacciata in virtù di un titolo esecutivo europeo è soggetta ai medesimi limiti che essa incontra allorché di essa ci si voglia servire per paralizzare una esecuzione forzata fondata su di un titolo esecutivo interno.

Una contestazione di questo tenore potrà, quindi, ritenersi ammissibile (e fondata) solo allorché, è ovvio, il debitore faccia valere fatti estintivi, modificativi e/o impeditivi del diritto fatto valere in via esecutiva che siano sopravvenuti rispetto al referente temporale cui è agganciata, secondo la *lex fori processus*, l'(eventuale) efficacia di accertamento della decisione avente efficacia di titolo esecutivo europeo.

A tal proposito deve allora rilevarsi che qualora la decisione posta da noi in esecuzione rientri tra quelle che sono state certificate come «titolo esecutivo europeo», la soluzione in ordine alla latitudine dei motivi spendibili con una opposizione all'esecuzione di merito non può non tener conto della varietà dei provvedimenti che sono idonei a circolare in virtù delle norme dettate dal [Reg. 805/2004](#). A tale proposito deve, insomma, osservarsi come non possa, almeno in astratto, escludersi che, nei vari Stati membri, la certificabilità come titolo esecutivo europeo venga «riconosciuta» anche a decisioni che non posseggano alcuna efficacia di accertamento e nemmeno vi tendano. Qualora si verificassero casi di questo genere, la spendibilità di motivi di merito a sostegno della proposta opposizione all'esecuzione dovrebbe essere considerata sicuramente ammissibile e libera e potrà così coinvolgere anche la deduzione dell'inesistenza di uno dei fatti costitutivi del diritto di credito fatto valere in esecutivis o dell'esistenza di fatti e.i.m. già dedotti e/o deducibili nel procedimento svoltosi nello Stato membro di origine.

Non sembra, infatti, che ad impedire una tale conclusione possa ostare la formulazione dell'[art. 21, par. 2](#), del Reg. n. 805/2004 a tenore del quale la decisione non può formare oggetto di alcun riesame nel merito nello Stato membro di esecuzione. Tanto nel caso di deduzione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi sopravvenuti, quanto in ipotesi di deduzione di fatti e.i.m. deducibili ma non dedotti, infatti, il giudizio che andrà svolgersi innanzi al giudice dello Stato membro di esecuzione non solo avrà ad oggetto immediato l'(in)esistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata, ma anche nel caso in cui si ritenga che l'accoglimento dell'opposizione di merito ponga capo ad un accertamento anche dell'(in)esistenza del diritto di credito sotteso al titolo deve, comunque, osservarsi che quella così esercitata sia, a tutti gli effetti, una, diciamo così, nuova azione che nulla ha a che vedere con un'inammissibile riesame nel merito della decisione; e ciò in quanto il suo accoglimento non contrasta affatto con un'efficacia di accertamento che, in un caso, si estende solo sino ad un dato momento e che, nell'altro, è radicalmente assente.

Insomma, il divieto di riesame nel merito di cui al [paragrafo 2 dell'art. 21](#) può ritenersi coincidente con i limiti che di solito incontra la proposizione di un'opposizione per motivi di merito allorché il titolo esecutivo sia di natura giudiziale e possegga (o quantomeno tenda ad) una efficacia di accertamento. Solamente la rinnovata valutazione di un accertamento oramai definitivamente stabilizzatosi nei suoi limiti oggettivi e cronologici darebbe luogo ad un'inammissibile riesame del merito da parte del giudice dello Stato membro di esecuzione. Sembrando, pertanto, corretto ritenere che, qualora la decisione possegga (o tenda ad) una efficacia di giudicato, la deduzione di fatti sopravvenuti non incrina l'accertamento contenuto nella decisione e non dà luogo ad alcun riesame di essa nel merito, mentre quando la decisione non possegga alcuna efficacia di accertamento (o, comunque, non tenda ad un accertamento) la deduzione di fatti anche non sopravvenuti non impliche-

la decisione) dovrebbe, al contrario, ammettersi per le ipotesi di vera e propria inesistenza del certificato. Situazione che sembrerebbe ricorrere allorché il certificato stesso sia stato rilasciato in relazione ad una decisione pronunciata su materia esclusa dall'ambito di applicazione oggettiva del regolamento ma non, invece, quando la certificazione sia stata resa con riferimento ad una decisione relativa ad un credito contestato. Ed infatti, se l'essere la decisione relativa alla materia civile e commerciale nel senso di cui all'[art. 2](#) del Reg. n. 805/2004 costituisce condizione di applicabilità *tout court* del regolamento stesso, l'essere la decisione relativa ad un credito non contestato costituisce vero e proprio requisito di certificabilità della decisione stessa essendo perciò la sua (eventuale) inesistenza soggetta ai limiti di deducibilità che valgono per tutti gli altri requisiti previsti dal regolamento per la certificazione come titolo esecutivo europeo. Ulteriore caso in cui pare potersi superare la preclusione derivante dalla concentrazione in capo ai giudici dello Stato membro di origine della potestà di revoca del certificato (e, comunque, dalla regola che impone un divieto di riesame nel merito della decisione e del certificato) è quello in cui, ad es., il certificato sia stato rilasciato per una decisione non (o, comunque, non più) esecutiva nello Stato membro di origine. In tale ultima situazione crediamo, infatti, che il disposto di cui all'[art. 11](#) - ai sensi del quale, come già rilevato, il certificato ha effetto soltanto nei limiti dell'esecutività della decisione giudiziaria - permetta al debitore di far valere detta originaria o sopravvenuta inefficacia del certificato (a prescindere da qualsiasi provvedimento formale del giudice di origine che attesti tale situazione) anche nello Stato membro di esecuzione ed a mezzo di una opposizione all'esecuzione.

rà affatto riesame della decisione nel merito ma solamente ammissibile cognizione ex novo della controversia sostanziale.

Se è fuori di dubbio che l'opposizione all'esecuzione in quanto tale - ossia "limitata" al suo immediato oggetto di consistenza meramente processuale (id est inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata) - spetti alla giurisdizione esclusiva del giudice dello Stato membro in cui si svolge l'esecuzione, maggiori perplessità suscita, evidentemente, il caso in cui a tale immediato oggetto si aggiunga, in via appunto di accertamento incidentale ex lege, la controversia relativa all'(in)esistenza del diritto sostanziale rispetto alla quale la giurisdizione del giudice italiano potrebbe fare difetto

Si immagini il caso in cui il diritto di credito abbia ad oggetto il pagamento del prezzo di un bene compravenduto da consegnarsi, ad esempio, in Francia ed il creditore procedente sia ivi domiciliato; in questo caso l'azione di accertamento negativo di quel diritto non potrebbe mai radicarsi in Italia in quanto il convenuto è domiciliato in Francia e perché l'obbligazione dedotta in giudizio deve comunque eseguirsi ugualmente in Francia. Ebbene, qualora tale situazione si verificasse è da ritenere che il giudice dell'opposizione all'esecuzione possa comunque conoscere della opposizione proposta per motivi di merito dal debitore esecutato ma la sua eventuale decisione di accoglimento non potrà, poi, fare stato anche sulla questione pregiudiziale di merito ma dovrà invece, limitarsi, per tale aspetto, ad una *cognitio incidenter tantum*, così valorizzandosi il disposto dell'[art. 6 della L.218/1995](#) il quale, prevedendo che «il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta» ha espressamente sancito l'automatizzata «conversione» in *valutazione incidenter tantum* della cognizione su questione pregiudiziali di merito che dovrebbero di solito essere decise ed accertate con efficacia di giudicato nell'ambito di apposite "cause" incidentali in ordine alle quali, però, difetti la giurisdizione del giudice italiano.

Alcune questioni sorgono allorché l'opposizione di merito proposta nell'ambito di un'esecuzione forzata intrapresa in forza di una decisione straniera possa concludersi, a cagione della sussistenza della giurisdizione del giudice italiano sul credito, con un accertamento avente efficacia di giudicato intorno all'(in)esistenza del credito medesimo. I problemi nascono una volta che di tale sentenza ci si voglia ad esempio servire nello stato membro in cui la (originaria) decisione è stata resa per ivi bloccare un'eventuale (e, a questo punto, ulteriore) iniziativa esecutiva promossa dal creditore sulla base di quella medesima originaria decisione. Si pensi al caso in cui il creditore abbia ottenuto in Germania una decisione esecutiva e passata in giudicato e che inizi l'esecu-

zione forzata sulla base di quella decisione in Italia anche se il debitore, dopo il passaggio in giudicato della decisione, ha interamente soddisfatto il credito; immaginiamo che il debitore proponga in Italia opposizione all'esecuzione facendo valere, in questo caso del tutto ammissibilmente, tale fatto estintivo sopravvenuto. L'opposizione viene accolta ed il giudice italiano munito di giurisdizione (perché, ad es., il creditore è domiciliato in Italia) accerta con efficacia di giudicato l'attuale inesistenza del diritto di credito. Il creditore, tuttavia, non contento della prima battuta d'arresto promuove esecuzione forzata in Germania di nuovo sulla base della stessa (originaria) decisione di condanna. Ci si chieda ora se nell'assai probabile giudizio di opposizione all'esecuzione (*Vollstreckungsgegenklage*) promosso questa volta in Germania dal debitore la decisione assunta in Italia può in qualche modo pregiudicare - ovviamente in senso favorevole alle ragioni del debitore - la decisione del rimedio oppositorio di cui si è avvalso l'esecutato.

La decisione italiana di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione per motivi di merito (e, quindi, di accertamento dell'inesistenza attuale del credito) in effetti dovrebbe considerarsi automaticamente riconosciuta nella sua efficacia di accertamento, per così dire, extraprocessuale in Germania ai sensi delle pertinenti disposizioni del [Reg. 1215/2012](#), cosicché il giudice tedesco dovrebbe essere vincolato all'accoglimento per tale motivo dell'opposizione a lui proposta. Tuttavia, potrebbe ritenersi che la decisione italiana non possa essere riconosciuta in Germania - ossia nello stato membro in cui è stata emessa la originaria decisione di condanna - perché in (apparente) contrasto proprio con siffatta anteriore decisione tedesca. Tale tesi sembra però destinata ad essere considerata sicuramente infondata in quanto in tal caso non di vero e proprio contrasto si dovrebbe parlare quanto di fisiologico superamento dei limiti cronologici del (primo) giudicato interno.

Ad uguale risultato dovrebbe, ovviamente, pervenirsi allorché la decisione straniera la cui esecuzione forzata sia stata "bloccata" in Italia da una sentenza di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione per motivi di merito (con accertamento incidentale ex lege sulla sopravvenuta inesistenza del credito) sia una decisione non contenente alcuna efficacia di accertamento ma possa, invece, annoverarsi tra quelle decisioni a cognizione sommaria dotate di esclusiva efficacia esecutiva. Anche in questo caso, infatti e come già in precedenza notato, non sembrerebbe potersi parlare di vero e proprio contrasto di decisioni quanto, più correttamente, di fisiologico avvicendamento tra il provvedimento sommario-provisorio e la sentenza avente efficacia di giudicato conclusiva del giudizio dichiarativo a cognizione piena.

ANCORA SULLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Riflessioni sparse in tema di ragionevole durata del processo civile

di Mattia Polizzi

DEL 25 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Cenni in merito all'introduzione del valore del giusto processo e della ragionevole durata del giudizio nell'impianto costituzionale
3. La dottrina di fronte all'introduzione del "nuovo" principio della ragionevole durata dei processi
4. Spunti per un adeguamento della realtà fattuale a quella normativa
 - 4.1. (Segue) Il fattore legislativo
 - 4.2. (Segue) Il fattore delle risorse
 - 4.3. (Segue) Il fattore delle risorse
5. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Il tema della ragionevole durata dei giudizi e, nella specie, di quelli civili è e continua ad essere uno di quei *topoi* del diritto processuale che impegna e fa interrogare non solo il giurista, ma anche il cittadino. Ed in effetti si tratta, forse, di uno di quei temi in cui maggiore è la discrasia tra la *law in the books* e la *law in action*. Nelle prossime righe si intende, certo senza alcuna pretesa di esaustività, ripercorrere sinteticamente la strada che ha portato alla positivizzazione, nella nostra Carta costituzionale, del valore della ragionevole durata del processo civile per poi fornire, guidati dalla migliore dottrina, alcuni spunti di riflessione in merito a quello che dovrebbe essere l'*agere* in grado di avvicinare la realtà normativa a quella fattuale.

2. Cenni in merito all'introduzione del valore del giusto processo e della ragionevole durata del giudizio nell'impianto costituzionale

Il [secondo comma dell'art. 111 Cost.](#), come modificato dalla [l. cost. 23 novembre 1999, n. 2](#), si conclude con la solenne statuizione secondo la quale la legge deve assicurare la ragionevole durata del processo: sicché il giusto processo civile, per essere tale, deve essere (anche) caratterizzato da una durata ragionevole^[1].

Invero, almeno secondo un'autorevole parte della dottrina, il principio del giusto processo precede di molto la novella del 1999, potendo già essere desunto dall'impianto della Costituzione, tanto nei dettami precipuamente riferiti all'attività

[1] La bibliografia sul tema della ragionevole durata del processo è decisamente ampia e, pertanto, le indicazioni che seguiranno devono essere intese come meramente semplificative. Tra i molti ed autorevoli contributi sul punto si v. non potrà che essere parziale. Si v., oltre ai contributi individuati *infra*, Andronio, *Art. 111*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, 2006, Torino, pagg. 2115 e ss.; Biavati, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, II, pagg. 475 e ss.; Capponi, *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, in [www.giustiziacivile.com](#), 22 giugno 2015, pagg. 1 e ss.; *Id.*, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, X, pagg. 1277 e ss.; Cecchetti, voce *Giusto processo a) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, 2001, Milano, pagg. 610 e ss.; Chiarloni, voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Ann. II-1, Milano, 2008, pagg. 416 e ss.; *Id.*, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, IV, pagg. 1032 e ss.; Giacobbe, *I nodi irrisolti della giustizia civile*, in *Iustitia*, 2006, II, pagg. 171 e ss.; Giussani, *Sull'accelerazione del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, II, pagg. 468 ss.; Olivieri, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, X, V, pagg. 251 e ss.; Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Foro it.*, 2000, X, V, pagg. 248 e ss.; Rovelli, *La crisi della giustizia civile. Diagnosi e terapie*, in *Giur. it.*, 2009, II, pagg. 514 e ss.; Tarzia, Danovi, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2014, Milano, pagg. 14 ss.; Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, II, pagg. 403 e ss.; Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, III, pagg. 505 e ss.

giurisdizionale tanto nei principi fondamentali[2]. Peraltro, non appare superfluo rilevare che il concetto di giusto processo affonda le sue radici non solo nel dato costituzionale, ma anche nella realtà sovranazionale[3].

Dell'esatta identificazione della latitudine concettuale ed operativa di tale principio si fecero campo diversi e stimati Autori[4], ma anche la giurisprudenza costituzionale, almeno a partire dagli anni Ottanta. È, tuttavia, con la [sent. 131/1996](#) che la Corte costituzionale giunge a quella che può essere l'enucleazione maggiormente matura (almeno per l'epoca) dei fondamentali corollari del giusto processo. In tale pronuncia la Consulta afferma che nell'ambito del concetto di cui trattasi *"si compendiano i principî che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio"*[5]: un principio, in altri termini, trasversale tanto all'organizzazione giudiziaria tanto alle garanzie soggettive dei cittadini[6].

In questo contesto pretorio si inserisce il primo tentativo di positivizzazione del concetto di giusto processo a livello costituzionale. Si tratta del progetto di modifica della Costituzione approvato in data 4 novembre 1997 dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali nel corso della XIII legislatura. In particolare, l'art. 130 del progetto prevedeva al primo comma, per ciò che più da vicino interessa il processo civile (dettando in realtà principi valevoli per ogni processo) che *"la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità davanti a un giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata"*. In merito a tale disposizione la dottrina ha rilevato alcuni aspetti di non poco momento[7]. In primo luogo appare di rilievo la considerazione che in merito all'art. 130 si è registrato in seno alla Commissione un consenso diffuso e trasversale tra gli schieramenti politici. Inoltre, significativo è che il dibattito in merito all'approvazione di tale progetto abbia fatto emergere la volontà di costitu-

zionalizzare alcune garanzie processuali contenute nella Cedu: è eloquente, in tal senso, da un lato l'esplicito riferimento al *"giusto processo"*, invero declinato al plurale nel testo della riforma; dall'altro la trasposizione pressoché letterale nel comma secondo di alcune garanzie dettate dal paragrafo terzo dell'[art. 6 Cedu](#), seppur con limitato riferimento alla giurisdizione penale.

Sebbene il tentativo di cui sopra appaia come un costruttivo dialogo tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale, deve segnalarsi che - forse paradossalmente - il vero giro di vite inerente la costituzionalizzazione del giusto processo avvenne in seguito ad un momento di grande tensione tra potere giudiziario e potere legislativo, costituito dalla pronuncia ad opera della Corte costituzionale della [sent. 361/1998](#)[8]. La sentenza in parola dichiara l'illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. dell'[art. 513, comma 2](#), ult. pt., c.p.p. nella parte in cui non dispone l'applicazione degli artt. 4 e 500, comma 2 bis, c.p.p. qualora il dichiarante rifiuti ovvero ometta in tutto o in parte di rispondere in merito a fatti concernenti la responsabilità altrui già oggetto di precedenti sue dichiarazioni. Il legislatore era intervenuto *in subiecta materia* con la [l. 7 agosto 1997, n. 267](#), con la quale aveva modificato modificato l'[art. 513 c.p.p.](#), limitando l'utilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie rese dai coimputati durante la fase delle indagini preliminari, in virtù del principio di formazione della prova nel contraddittorio: in particolare, le dichiarazioni eteroaccusatorie del coimputato giudicato nello stesso processo erano inutilizzabili in caso di assenza, contumacia o rifiuto di rispondere, salvo consenso degli altri imputati; le medesime dichiarazioni rese dal coimputato giudicato in un altro procedimento erano acquisibili solo previo accordo tra le parti. Ebbene, la pronuncia del 1998 riguarda proprio detto istituto, svelando una diversa concezione del principio del contraddittorio da parte della Consulta, che lo ritiene tutelato alla luce della mera possibilità per l'imputato *"di sottoporre al vaglio del contraddittorio le dichiarazioni che lo riguardano, in conformità al metodo di formazione dialettica della prova davanti al giudice"*

[2] Si v. in particolare Cecchetti, *op. cit.*, pagg. 595 e ss.

[3] Si pensi all'art. 10 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'[art. 6](#) Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 o, più di recente, all'[art. 47](#) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata il 7 dicembre 2000 (c.d. Carta di Nizza) e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

[4] Per un'efficace ricostruzione dei principali contributi in materia si v. in particolare Cecchetti, *op. cit.*, pagg. 595-597.

[5] Corte cost., [24 aprile 1996, n. 131](#)., seguita da Corte cost., [20 maggio 1996, n. 155](#)

[6] Parla di un *"palese disinteresse per gli Atti internazionali sui diritti umani"* Trocker, *op. cit.*, pag. 388.

[7] Si v. in particolare Cecchetti, *op. cit.*, pagg. 600 e ss.

[8] Corte cost., [2 novembre 1998, n. 361](#), in *Giust. pen.*, 1999, III, I, pagg. 101 e ss. con nota di Puleio, *Regole di acquisizione probatoria e diritto al silenzio dell'imputato nella valutazione della Corte costituzionale*.

chiamato a decidere”; in termini più generali la Corte ha altresì modo di affermare che “*sul piano costituzionale, viene inoltre in gioco la funzione del processo penale, che è strumento, non disponibile dalle parti, destinato all'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità. Tale funzione non può essere utilizzata per attenuare la tutela - piena e incoercibile - del diritto di difesa, coesistente allo stesso processo. Sono invece censurabili, sotto il profilo della ragionevolezza, soluzioni normative che, non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo*”.

Una pronuncia siffatta costituisce l'abbrivio della riforma che ha effettivamente introdotto il principio del giusto processo nel *corpus* costituzionale. Peraltro, non sembra inopportuno evidenziare che parte della dottrina che ha analizzato l'evoluzione storica del processo di riforma ha sottolineato come questa rappresenti una vera e propria «risposta ab irato del Parlamento ad una singola sentenza della Corte costituzionale»^[9]. Quali che siano le motivazioni politiche più o meno esplicite della *novella* è significativo che l'*iter* procedurale che ha portato all'adozione della [l. cost. 23 novembre 1999, n. 2](#), in gran parte riproduttivo dell'art. 130 del progetto del 1997, è stato caratterizzato da una notevole celerità, in gran parte legata ad “*una estrema e non consueta concentrazione dei lavori del Senato in prima lettura e una vera e propria “blindatura” del progetto di legge che emerge già al momento della prima sottoposizione del testo all'altro ramo del Parlamento*”^[10].

3. La dottrina di fronte all'introduzione del “nuovo” principio della ragionevole durata dei processi

Il [secondo comma dell'art. 111 Cost.](#), come si diceva, si conclude con la solenne statuizione secondo la quale la legge deve assicurare la ragionevole durata del processo.

La previsione della ragionevole durata del processo è stata tacciata, da una parte della dottrina, di “*sostanziale inutilità*”^[11]. Ciò sulla base di una triplice valutazione. In primo luogo il dettato costituzionale si risolverebbe in una mera indicazione programmatica avente contenuto e valore strettamente esortativo. In seconda istanza la previsione di cui all'[art. 111, comma 2, Cost.](#), non sarebbe di per sé ido-

nea ad incidere in maniera concreta sulla disciplina processuale, fatta salva l'eventuale declaratoria di incostituzionalità avverso disposizioni che introducano rallentamenti manifestamente irragionevoli in quanto non connessi alla tutela delle altre garanzie di cui alla Carta fondamentale. Infine, la norma non terrebbe in considerazione il dato fondamentale per cui il processo, al pari di ogni altra attività umana, richiede intrinsecamente l'agire congiunto di tutta una platea di soggetti: sicché sarebbe il positivo e leale impegno di costoro a realizzare la ragionevole durata del processo, essendo per converso vana ogni previsione di legge - anche costituzionale - non sorretta da un atteggiamento di tal genere.

Altra parte della dottrina^[12], invece, rifugge da una valutazione così riduttiva, sostenendo che grazie all'espressa previsione dell'obbligo per il legislatore ordinario di garantire la ragionevole durata del processo è oggi possibile per la Consulta operare un sindacato sulla legge processuale maggiormente penetrante rispetto a quanto sia mai stato possibile in passato. Il nuovo [art. 111, comma 2, Cost.](#), in altri termini, avrebbe aperto la strada ad un vero e proprio mutamento di prospettiva *in parte qua* sia per l'interprete sia per la Consulta: il primo sarà tenuto a preferire tra più letture possibili di una norma quella che meglio aderisca al dettato costituzionale anche sotto il profilo della celerità dei giudizi; la seconda potrà essere chiamata a sindacare in merito a tutte le norme in grado di influire sulla durata del processo, a prescindere dalla avvenuta lesione del diritto di azione di cui all'[art. 24 Cost.](#)

Alla luce del “nuovo” dettato letterale dell'[art. 111, co. 2, Cost.](#), il compito di assicurare la ragionevole durata del processo è affidato interamente al legislatore ordinario. Non ci si vuole, in questa sede, interrogare sul risvolto soggettivo della norma, che ha trovato secondo autorevole dottrina la propria principale traduzione nell'adozione di un sistema risarcitorio in caso di irragionevole durata dei giudizi, come noto delineato dalla c.d. [legge Pinto](#); piuttosto si intende qui focalizzarsi, guidati dalla miglior dottrina, su quelle che dovrebbero essere le implicazioni del principio costituzionale *de quo* sull'azione (normativa, ma non solo) necessaria per far sì che la realtà fattuale possa avvicinarsi il più possibile a quella valoriale.

[9] Così Chiarloni, *op. ult. cit.*, pag. 1011; si v. altresì Trocker, *op. cit.*, pagg. 381-383 che sottolinea lo “*spirito di risentimento che risuona delle relazioni ufficiali*” che documentano l'*iter* di approvazione della riforma; parla di “*lotta istituzionale*” del Parlamento contro la Corte costituzionale Cecchetti, *op. cit.*, pag. 603.

[10] Cecchetti, *op. cit.*, pag. 604.

[11] Così Andronio, *op. cit.*, pag. 2116.

[12] Cfr. Olivieri, *op. cit.*, pagg. 251-252; si v. anche Chiarloni, *op. ult. cit.*, pagg. 1032-1033 il quale sottolinea che “*anche se la garanzia della ragionevole durata era comunque ricavabile indirettamente dall'art. 24, comma 1°, una qualche piccola utilità potrà venir ricavata dalla nuova disposizione*”; Tarzia, *op. cit.*, pag. 21.

4. Spunti per un adeguamento della realtà fattuale a quella normativa

In altri termini, non si può non interrogarsi su quali siano gli strumenti da adoperare per (almeno cercare di) migliorare la ben nota situazione attuale di dissesto della giustizia civile, specie alla luce della valenza costituzionale e programmatica del principio del giusto processo e della sua ragionevole durata.

Chiaramente si tratta di una domanda che, in questa sede, non potrà che trovare solo alcuni spunti di riflessione, consci del fatto che questo *gap* tra realtà normativa e realtà fenomenica si traduce in un vero e proprio problema strutturale e non di una episodica emergenza. Criticità legata senza dubbio a ragioni plurime^[13]. Tra queste, come acutamente osservato in letteratura, un ruolo centrale è giocato dal passaggio da una giustizia civile “*d’élite*” ad una giustizia civile “*di massa*”. Beninteso, non si vuole colorare di alcuna accezione negativa il fenomeno in questione. Anzi, non si può che concordare con chi reputa che questa transizione debba essere valutata positivamente, in quanto segno di una “*giustizia civile largamente fruibile da ogni strato sociale e, in questo senso, “di massa”*”. Allo stesso modo, tuttavia, è pienamente condivisibile il seguito di tale ragionamento: ossia che il mutato quadro fattuale da un lato non debba portare ad un impoverimento qualitativo della giustizia resa nelle aule di tribunale e dall’altro che il nuovo assetto delineatosi “*non è governabile se restano invariati i moduli organizzativi e procedurali e l’apportamento delle risorse necessarie a farvi fronte*”^[14].

Un’autorevole Voce dottrinale ha osservato che i fattori che contribuiscono a rendere un giudizio efficiente possono essere ricondotti a tre categorie: il fattore legislativo, quello delle risorse e quello culturale^[15].

4.1. (Segue) Il fattore legislativo

Il primo tra i menzionati costituisce indubbiamente il fattore di maggior visibilità ed ha una sicura rilevanza per l’efficien-

za del sistema. Ciò a maggior ragione considerando che, come visto, il [secondo comma dell’art. 111 Cost.](#) affida al legislatore ordinario il compito di assicurare la ragionevole durata dei processi. Il fattore legislativo opera su due versanti. Quello del processo in sé, rimesso alle leggi processuali e quello dell’organizzazione della «macchina» giustizia, su di un piano più strettamente amministrativo. Le modifiche alla disciplina processuale sono state, in particolare negli ultimi decenni, decisamente numerose ed hanno interessato praticamente ogni ramo del processo civile. L’ipertrofia delle riforme in parola ha consentito a parte della dottrina di poter parlare di un vero e proprio mito della riforma perenne. Tale opera di continua riforma ha, peraltro, generato un problema di non poco conto in termini di coordinamento ermeneutico dei *nova* legislativi, dovuto al rapido susseguirsi degli interventi in un lasso di tempo piuttosto ristretto nonché ad una non sempre felice opera di rinvio ad altre *novellae*^[16]. Chiaramente, quanto affermato non vuole essere una critica in termini assolutistici alla necessità di riforme della legge processuale. Ben vengano, anzi, modifiche alla legislazione processuale che siano in grado di introdurre nuovi ed efficaci istituti ovvero di espungere dal sistema strumenti oramai di comprovata inutilità se non, addirittura, modifiche più strutturali del processo così come lo conosciamo.

Tuttavia, non si può che concordare con un’opinione sempre più diffusa in dottrina, ossia quella per cui le riforme legislative (processuali o meno) rischiano di risolversi in un sollievo meramente teorico all’attuale stato delle giustizia civile. Da un lato, riecheggiando un antico monito, si afferma che tale strumento “*di per sé non è risolutivo, poiché - per esprimersi con le parole di Virgilio Andrioli - non è mai esistita legge processuale così buona da impedire l’affermarsi nella prassi di un cattivo processo (né viceversa - per la verità - è mai esistita legge processuale tanto cattiva dall’impedire nella prassi un buon processo)*”^[17]. Dall’altro lato è affermazione tanto semplice quanto veritiera quella per cui anche la migliore riforma legislativa sia di poco impatto sull’effettivo svolgersi dell’*iter* processuale qualora non sia accompa-

[13] Si v., *ex pluris*, Cavallini, *Problematiche attuali di ordinamento giudiziario: revisione della geografia giudiziaria, specializzazione del giudice e questione manageriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, II, pagg. 761 e ss.

[14] Cfr. Rovelli, *op. cit.*, pagg. 515-516.

[15] Caponi, *op. cit.*, pagg. 393 e ss.

[16] Si v., diffusamente, Caponi, *op. ult. cit.*, pagg. 1277 e ss.

[17] Così Caponi, *op. cit.*, pag. 394; in senso analogo Capponi, *op. ult. cit.*, pag. 1289 nonché pag. 1278 secondo il quale a fronte di una produzione di “*norme via via più scadenti, di difficile lettura e applicazione [...] gli operatori, investiti dal getto continuo, hanno trovato un’autodifesa nell’elaborazione di prassi comuni, nell’attività degli osservatori, nei protocolli, nelle mailing-list, nell’integrazione volontaristica di fonti sempre più opache*”. Si v. altresì Panzani, *Crisi della giustizia civile e specializzazione del giudice*, in Civinini, Verardi, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, in *Quaderni di Questione giust.*, 2001, pag. 186 secondo il quale è possibile affermare che “*gli interventi di razionalizzazione del giudizio ordinario di cognizione ancora possibile siano limitati*”.

gnata da un adeguato e proporzionato stanziamento di risorse materiali[18].

4.2. (Segue) Il fattore delle risorse

Il fattore delle risorse concretamente destinate all'amministrazione della giustizia, in termini di risorse finanziarie, di mezzi materiali e di persone (tanto sul piano della magistratura tanto su quello del personale amministrativo) costituisce in effetti uno degli elementi di maggiore criticità del sistema. In primo luogo non si può non tenere in considerazione il fatto che, in particolare nell'attuale momento storico di congiuntura economica negativa e di conseguente necessità di razionalizzazione dell'azione economico-finanziaria nazionale, le finanze statali si trovano spesso in difficoltà nel sopperire alle esigenze dei vari settori della spesa pubblica: in altri termini, come ricordato in precedenza, le risorse che lo Stato può (e deve) impiegare per l'amministrazione della giustizia non costituiscono una variabile indipendente, ma devono essere temperate - non necessariamente in maniera paritetica, ma quantomeno razionale - con gli altri settori dell'amministrazione pubblica, che pure richiedono interventi per ragioni emergenziali o di sistema. In secondo luogo, appare lampante che non si tratti solo di "spendere", ma - piuttosto - di spendere "bene" (o "meglio"): ciò significa, in sintesi, che anche un esborso adeguato in termini astratti si risolverebbe in un nulla di fatto nel momento in cui le risorse stanziante non vengano impiegate per far fronte alle esigenze realmente rilevanti per il sistema, tramite un approccio che affronti in primo luogo le necessità elementari e più impellenti per prendere in considerazione, solo nel momento in cui siano state risolte le prime, quelle di minor momento, alla luce dell'affanno in cui si trova la giustizia civile odierna. Infine, è necessario considerare che la spendita di quanto complessivamente stanziato non può non tenere conto delle esigenze e delle peculiarità dei singoli processi, così da risolversi in un "*ragionevole impiego di risorse in relazione a quel processo*"[19] concretamente in essere: l'attenzione, dunque, non può essere posta solo a livello di Amministrazione centrale, ma deve riguardare per forza di cose la corretta destinazione ed il corretto impiego di valori finan-

ziari, materiali ed umani nell'ambito dei singoli uffici giudiziari, considerati alla luce delle loro specifiche peculiarità e seguendo le regole della buona amministrazione.

In conclusione, sembra potersi affermare che la quota di spesa pubblica destinata all'amministrazione della giustizia debba essere, soprattutto, "proporzionata": ad un giudizio di bilanciamento con le esigenze degli settori dell'*agere* statale, non necessariamente visti come antagonisti, ma piuttosto come parte di un unico sistema in grado di funzionare in maniera ottimale solo nel momento in cui le sue singole componenti siano in grado di spiegare effettivamente i propri servizi; alle tra di loro differenti, anche in termini valoriali, esigenze afferenti al singolo settore-giustizia; alle specificità delle varie realtà giudiziarie del territorio nazionale. E pare potersi altresì affermare che il *quid* speso debba essere, oltre che *ex se* sufficiente, stanziato ed impiegato seguendo i canoni della buona amministrazione, evitando sprechi, dando precedenza alle esigenze più impellenti e valorizzando i punti di forza e di eccellenza del sistema (o favorendo la nascita).

4.3. (Segue) Il fattore delle risorse

Esiste, come ricordato, un terzo fattore che può essere in grado di rendere un processo più efficiente e che pare essere la "scintilla" in grado di instaurare un meccanismo virtuoso tanto nello sviluppo degli altri due fattori singolarmente considerati tanto nel loro rapporto di interconnessione: ci si riferisce alla componente culturale, per vero considerato da autorevole dottrina come "*quello più importante, poiché è l'unico dei tre fatto in grado di mettere adeguatamente a frutto gli altri due*"[20]. Sul tema non si può non richiamare una autorevole premessa, secondo la quale l'orientamento culturale della nostra società è orientato verso una certa diffidenza nei confronti di chi è portatore di un potere pubblico[21]. Conseguenza da ciò che l'esercizio di un potere deve essere necessariamente limitato e, quando concesso, debba essere ingabbiato in un "*reticolo, spesso asfissiante di disposizioni regolamentari*", di lacci e laccioli che vanno ad ingrossare un (già) mastodontico impianto burocratico, da intendersi in questo caso non come necessario organo di utile ausilio dell'amministra-

[18] L'affermazione è largamente condivisa in dottrina: a titolo di esempio cfr. Biavati, *op. cit.*, pagg. 477-479; Caponi, *op. cit.*, pag. 394; Capponi, *Il processo* cit., pagg. 6-9; Cavallini, *op. cit.*, pag. 761; Cecchetti, *op. cit.*, pag. 611; Chiarloni, *op. ult. cit.*, pagg. 1032-1033; Id., voce *Giusto processo* cit., pag. 417; Giacobbe, *op. cit.*, pag. 184; Olivieri, *op. cit.*, pag. 253; Proto Pisani, *op. cit.*, pagg. 248-249; Romei Pasetti, *L'art. 111 Cost. e il principio di efficienza dell'organizzazione giudiziaria*, in *Giust. civ.*, 2001, X, pagg. 508-510; Sottani, *op. cit.*, pagg. 111-114; Tarzia, *op. cit.*, pag. 22; Trocker, *op. cit.*, pagg. 405-407; Verde, *op. cit.*, pag. 505.

[19] Biavati, *op. cit.*, pag. 479.

[20] Caponi, *op. cit.*, pag. 395.

[21] Verde, *op. cit.*, pag. 506, al quale si rinvia anche per il successivo virgolettato.

zione, ma come un labirintico (e spesso kafkiano) momento di sostanziale inutilità (quando non addirittura di vero e proprio danno), spesso inidoneo sia a favorire un clima di fiducia sia a rendere efficiente l'operato di un (necessario) potere pubblico. Ciò a differenza di quanto avviene, almeno in linea tendenziale, nei Paesi di cultura anglosassone, ove *“prevale la cultura della (necessaria) fiducia in chi esercita il potere pubblico, al quale si chiede conto non tanto del rispetto delle regole, quanto della correttezza del risultato”*. Incidentalmente, non essendo questa la sede per procedere ad una più approfondita disamina della questione, pare potersi accogliere l'idea formulata da una parte della dottrina, che invoca un maggior ruolo del concetto di *accountability*, da intendersi, pur nella difficoltà di una traduzione idonea a ricomprendervi tutte le accezioni semantiche, come *“rendere conto della propria attività”* o, più nello specifico, come *«l'insieme dei processi che istillano i valori e gli interessi dei rilevanti attori nell'azione dell'organizzazione»*, e quindi rappresenta la *«combinazione di metodi, procedure e forze che determinano quali valori devono riflettersi nelle decisioni»*, istituendo una *«relazione tra un attore e un forum a cui l'attore è obbligato a spiegare e giustificare la propria condotta. Il forum può fare domande e giudicare e l'attore ne subisce le conseguenze»*[22]. Correttamente declinata sul piano dell'amministrazione della giustizia, l'operare di tale concetto avrebbe un (almeno) duplice effetto positivo, nel senso della responsabilizzazione dell'azione di chi detiene il potere e nel senso di consentirne una più approfondita comprensione da parte della collettività, così da condurre ad una maggiore trasparenza e, auspicabilmente, ad una maggiore fiducia. Venendo ora più nello specifico alla disamina del fattore culturale, pare opportuno analizzare la questione sotto un duplice angolo visuale, come suggerito in letteratura: quello della domanda di giustizia e quello dell'offerta di giustizia[23]. Sotto il primo profilo è opportuno considerare che la domanda di giustizia che proviene dalla società civile non dipende unicamente da fattori economici e sociali, ma anche, indubbiamente, da fattori culturali, come quelli rappresentati dal “grado” di correttezza e buona fede che caratterizza le relazioni socio-economiche ovvero il grado di educazione civica e di consapevolezza dei propri diritti. In questo contesto si

può inserire anche il *favor* verso strumenti tesi ad una composizione negoziata delle vertenze, prevenendo che controversie risolvibili in via bonaria sfocino in un'attività giudiziaria che si riveli (se non inutile, addirittura) dannosa per le stesse parti, in termini di costi economici e socio-individuali; chiaramente, come giustamente osservato in dottrina, l'utilizzo degli ADR non può e non deve risolversi in una *“avarizia processuale”*[24], quanto piuttosto in un procedimento virtuoso di pacificazione qualora non sia necessario l'intervento autoritativo del potere giudiziario.

Sul piano dell'offerta del servizio-justizia è possibile individuare diversi punti rilevanti. In primo luogo, affinché il primo dei fattori di efficienza citati, ossia quello legislativo, possa funzionare adeguatamente sono necessari non solo un elevato grado di competenza e di aggiornamento tecnico in capo a tutti gli operatori interessati, ma anche una volontà comune di collaborare reciprocamente, così da *“evitare di trasformare una fisiologica contrapposizione di ruoli processuali in un generalizzato conflitto tra categorie professionali”*[25]. In secondo luogo, anche il fattore delle risorse stanziate risente sensibilmente del corretto esplicarsi di quello culturale: è necessario, pertanto, l'affermarsi (o il confermarsi) della capacità di organizzare in modo efficiente l'impiego delle risorse stanziate, con l'acquisizione di capacità anche extra-giuridiche qualora siano necessarie per il corretto esplicarsi delle funzioni attribuite[26]. In tale contesto pare potersi inserire il tema della c.d. managerialità giudiziaria, salutata con favore da una parte della dottrina; questo concetto viene inteso come sviluppo più o meno istituzionalizzato (e, comunque, rispettoso dell'autonomia del singolo magistrato) di una serie di fattori in grado di implementare l'efficienza dei tribunali, come ad esempio *“la diffusione di una cultura organizzativa o quantomeno la consapevolezza della centralità del fattore organizzativo nella gestione degli uffici giudiziari; la diffusione delle nuove tecnologie; la temporaneità degli incarichi direttivi e la perdita di peso del criterio dell'anzianità”*[27].

5. Riflessioni conclusive

È innegabile che lo sviluppo è l'implementazione dei fattori sopra evidenziati non costituiscano un'opera di poco mo-

[22] Sottani, *op. cit.*, pagg. 116-117 e, più diffusamente, pagg. 111 e ss.

[23] Caponi, *op. loc. ult. cit.*; Rovelli, *op. cit.*, pagg. 516 e ss.

[24] L'efficace espressione è di Giussani, *op. cit.*, pag. 468; Rovelli, *op. cit.*, pag. 516.

[25] Così Caponi, *op. loc. ult. cit.*; cfr. altresì Trocker, *op. cit.*, pag. 406.

[26] Sul tema cfr., *ex pluris*, Ambrosi, *I magistrati dirigenti e la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, V, pagg. 488 e ss.

[27] Cavallini, *op. cit.*, pag. 763; sul tema si v. a titolo esemplificativo anche Miccoli., Sciacca, *Managerialità giudiziaria e programmi di gestione dei procedimenti civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, I, pagg. 174 e ss.

mento. Allo stesso tempo, tuttavia, si tratta di un'opera di importanza assolutamente primaria, che «presuppone una revisione di fondo della stessa concezione dell'esercizio della giurisdizione, dovendosi ritenere [...] che tale esercizio deve essere collocato nella categoria del servizio e non in quella del potere»^[28]: o, come sembra preferibile, di una revisione dei poteri necessari, in quanto funzionale e funzionalizzato all'erogazione ottimale del servizio-giustizia.

Una visione, quest'ultima, che non vuole essere intesa come una lente "imprenditoriale" di valutazione dell'agere amministrativo. Si tratta, piuttosto, di riconoscere all'[art. 111 Cost.](#) "un significato più profondo, che investe al conformazione dell'organizzazione giudiziaria ed i criteri che devono informarla, i quali, per essere giudicati rispettosi della regola costituzionale, devono assicurare la prontezza e l'efficienza della funzione, nel rispetto però di tutti gli altri principi che governano la giurisdizione"^[29]. Significato che può essere ricondotto al principio del buon andamento di cui all'[art. 97, co. 2, Cost.](#), applicabile, come insegnato dalla Consulta, "alle leggi concernenti l'ordinamento degli

uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo" e non, chiaramente, "all'esercizio della funzione giurisdizionale"^[30]. Il concetto di cui all'[art. 111, co. 2, Cost.](#), dunque, viene ad assumere una colorazione ulteriore oltre a quelle inerenti la ragionevole durata del giudizio (*rectius*: di durata proporzionata) e l'economia processuale: quella della "costituzionalizzazione del valore dell'efficienza" del servizio-giustizia, intesa come declinazione settoriale del valore di portata più generale del buon andamento della PA. Tale concetto, come noto, esige un'azione amministrativa che si attenga ai tre parametri di economicità, efficacia ed efficienza: l'ottimizzazione dei risultati in base ai mezzi ai disposizione; l'idoneità a perseguire gli obiettivi prefissati; l'adeguatezza delle risorse impiegate rispetto alla consistenza degli obiettivi da conseguire^[31]. Così inteso, dunque, il servizio-giustizia postula un impegno comune nel senso della valorizzazione dei tutti e tre i fattori (legislativo, delle risorse e culturale) sopra citati, un impegno di portata tale da consentire di attuare concretamente quel processo giusto anche in quanto efficiente.

[28] Giacobbe, *op. cit.*, pag. 184. Cfr. anche Corona, *La specializzazione dei magistrati e la separazione delle carriere*, 2005, Torino, *specimen* pagg. 5 e ss., il quale sottolinea che "la giustizia, come qualsivoglia questione concernente il funzionamento dello Stato, riguarda anzitutto i cittadini".

[29] Romei Passetti, *op. cit.*, pag. 509.

[30] Corte cost., ord. 24 maggio 2000, n. 152. In dottrina si v., *ex pluris*, D'Elia, *Art. 107*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, 2006, Torino, pagg. 2054 e ss.;

[31] Per tale ricostruzione dei valori menzionati si v. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2017, Roma, pagg. 671 e ss.; si v. altresì, *ex pluris*, Casetta, *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di Fracchia), 2017, Milano, pagg. 55 e ss.; Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2011, Torino, pagg. 258 e ss.; Police, *Principi e azione amministrativa*, in Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2017, Torino, pagg. 209 ss.

FORO DELLA CONCORRENZA

Regolamento Bruxelles I Bis e Private Enforcement: Il Foro della Concorrenza

di Edoardo Filiberto Roversi (1)

DEL 26 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. L'ambito di applicazione e la struttura del Regolamento Bruxelles I bis
3. Il domicilio del convenuto e l'eventuale riunione delle azioni
4. Il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire
5. Conclusioni

1. Introduzione

Il 2001 ha rappresentato un anno di svolta per il diritto *anti-trust*. In quell'anno, infatti, nel contesto del caso *Courage*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto per la prima volta ai privati la possibilità di agire in giudizio davanti alle corti civili per chiedere il risarcimento del danno causato loro da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza^[1]. Tale novità, introdotta principalmente per garantire la piena efficacia delle norme poste a tutela della concorrenza^[2], è stata successivamente confermata dalla Corte in ulteriori occasioni^[3], andando definitivamente ad aprire la strada a quello che oggi è denominato *private enforcement*, termine utilizzato in contrapposizio-

ne al c.d. *public enforcement*, ossia l'applicazione delle norme europee della concorrenza da parte della Commissione e delle autorità nazionali della concorrenza^[4].

L'attribuzione ai privati del diritto di agire in giudizio davanti alle corti civili in caso di violazione del diritto della concorrenza rappresenta un fenomeno visto di buon occhio dalla maggior parte degli esperti e dei *practitioners* del settore, che considerano il *private enforcement* come un ulteriore strumento tanto per la repressione quanto per la prevenzione degli illeciti anticoncorrenziali^[5]. Tuttavia, il riconoscimento ai privati del diritto di agire direttamente in reazione ad una condotta anticoncorrenziale ha sollevato una serie di questioni problematiche. In particolare, la natura spes-

[1] Praticante avvocato presso Cleary Gottlieb SteenHamilton, LL.M. in International Business Law presso King's College London, Laurea Magistrale in Giurisprudenza presso Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

[2] Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, § 26. Si veda, tra molti, A. Komninos, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, in *Common Market Law Review*, 2002, pagg. 447-487; V. Milutinovic, *The "Right to Damages" under EU Competition Law: From Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond*, Kluwer Law International, 2010.

[3] Si tratta in particolare degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, aventi ad oggetto, rispettivamente, gli accordi, le decisioni di associazioni e tutte le pratiche concordate tra imprese che possano impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza e lo sfruttamento abusivo di posizione dominante.

[4] Cfr., tra molte, Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 13.7.2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e altri*; Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 14.6.2011, C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*; Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 6.11.2012, C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV*; Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 6.6.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG*; Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG c. ÖBB-Infrastruktur AG*.

[5] Cfr. A. Komninos, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, in *Competition Law Review*, 2006, 3(1), pag. 10; W. Wils, *The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, 32(1), 2009, pag. 4.

so complessa degli illeciti *antitrust*[6] rendeva di cruciale importanza il compimento di un lavoro di armonizzazione del diritto, tanto sostanziale quanto processuale, degli Stati membri.

Proprio tale necessità si trova alla base dell'adozione, da parte del Parlamento europeo e della Commissione, della Direttiva 2014/104/UE[7], il cui esplicito fine era proprio quello di aumentare la certezza del diritto, riducendo le differenze fra gli Stati membri con riferimento alle norme nazionali che regolano le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni sia del diritto della concorrenza dell'Unione che del diritto della concorrenza nazionale, andando quindi a garantire maggiore uniformità alle imprese operanti nel mercato interno e a migliorare le condizioni alle quali i consumatori potevano esercitare i propri diritti.

Tale Direttiva ha, dunque, dettato una serie di principi volti ad armonizzare innumerevoli elementi delle azioni per il risarcimento dei danni derivanti da comportamenti anticoncorrenziali, tra cui la quantificazione del danno, la divulgazione delle prove e i termini di prescrizione per intentare azione. Per quanto concerne, invece, la materia giurisdizionale, la Direttiva si è astenuta dal delineare una disciplina autonoma e completa, limitandosi a rimandare a quella che era (ed è tuttora) la primaria fonte di riferimento a livello europeo in questo settore: il **Regolamento (UE) n. 1215/2012** concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[8]. In questa sede, dunque, dopo un breve esame circa l'ambito applicativo e la struttura del suddetto Regolamento, si an-

dranno ad analizzare le possibilità che tale Regolamento offre, sotto il profilo della scelta dell'organo giurisdizionalmente competente, a chi voglia intentare un'azione per il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle norme poste a tutela della concorrenza.

2. L'ambito di applicazione e la struttura del Regolamento Bruxelles I bis

Il **Regolamento (UE) n. 1215/2012** (c.d. «Regolamento Bruxelles I bis») rappresenta il punto di arrivo di un lungo processo di armonizzazione della materia giurisdizionale a livello europeo, iniziato nel 1968 con la Convenzione di Bruxelles e proseguito con il Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (c.d. «Regolamento Bruxelles I»)[9]. Una succinta analisi dell'ambito applicativo e della struttura del **Regolamento Bruxelles I bis** risulta essenziale al fine di comprendere la portata e la rilevanza della disciplina in quest'ultimo contenuta.

L'ambito applicativo del **Regolamento Bruxelles I bis** è individuato sulla base di due criteri il cui soddisfacimento è condizione necessaria affinché ad un'azione possano applicarsi le disposizioni in esso contenute. Tali criteri concernono la natura internazionale della causa e l'oggetto della stessa, che deve riguardare la materia civile o commerciale. Per quanto riguarda il primo elemento, esso era espressamente previsto dal preambolo della Convenzione di Bruxelles del 1968 e, nonostante non venga menzionato nei Regolamenti successivi, si è ritenuto che questo trovi applicazione anche in questi ultimi[10]. Pertanto, il **Regolamento Bruxelles I bis** si ap-

[6] Cfr. C.A. Jones, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A policy Analysis and Reality Check*, in *World Competition*, 2004, 27(1) pag. 13; R.H. Lande, J.P. Davis, *Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases*, in *University of San Francisco Law Review*, 2008, 42, pag. 879. Non sono mancate, tuttavia, voci contrarie all'utilità e all'auspicabilità di riconoscere ai privati un diritto ad agire per danni subiti in conseguenza di illeciti *antitrust*, cfr. W. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 26(3), 2003, pag. 473.

[7] Tale complessità si manifesta nel carattere solitamente plurisoggettivo degli illeciti derivanti dalla violazione di norme sulla concorrenza, così come nel fatto che essi possono comportare la realizzazione di danni plurilocalizzati. Sul punto, vedi R. Monico, *La giurisdizione in materia extracontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, 2018, pp. 234 ss.

[8] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

[9] **Regolamento (UE) n. 1215/2012** del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, L351 del 20 dicembre 2012. Ai sensi dell'art. 81 del predetto Regolamento, questo ha sostituito, per le dispute instaurate successivamente al 10 gennaio 2015, la disciplina contenuta nel Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, L12 del 16 dicembre 2000. Quest'ultimo Regolamento aveva sua volta sostituito, per i contenziosi instaurati tra il 1° marzo 2002 e il 10 gennaio 2015, la Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, L299 del 31 dicembre 1972.

[10] È opportuno sottolineare sin da subito che ognuno di tali strumenti normativi si pone in un rapporto di continuità rispetto ai propri predecessori. Questo elemento trova esplicito riconoscimento nel Considerando 34 del **Regolamento Bruxelles I bis**, il quale richiede di interpretare le disposizioni del Regolamento in modo coerente rispetto all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e del Regolamento Bruxelles I. Proprio al fine di dare applicazione al principio di continuità, la Corte ha, in più occasioni, sancito la diretta applicabilità dell'inter-

plica alle controversie che presentano un carattere di estraneità, indipendentemente dal fatto che tale carattere riguardi uno Stato membro o un paese terzo^[11]. Per quanto concerne il secondo criterio, esso trova, invece, esplicita statuzione all'interno dell'articolo 1 del Regolamento. Quest'ultimo, tuttavia, non fornisce una definizione specifica di ciò che possa essere ricompreso all'interno del concetto di "materia civile e commerciale"; pertanto, ogni controversia non espressamente esclusa (dal Regolamento stesso^[12] o dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea^[13]) deve ritenersi rientrante in tale nozione^[14].

Con specifico riferimento alle azioni dirette ad ottenere un risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme concorrenziali, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che queste debbano essere annoverate tra le azioni aventi ad oggetto materia civile e commerciale^[15]. Conseguentemente, nel caso in cui una controversia relativa ad un illecito *antitrust* presenti elementi di estraneità, essa rientrerà nell'ambito applicativo del **Regolamento Bruxelles I bis** e, dunque, troveranno applicazione le disposizioni in quest'ultimo contenute.

Una volta chiarito che ogni azione internazionale civile e commerciale (e, quindi, ogni controversia internazionale concernente la violazione di norme concorrenziali) rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento, è opportuna una breve analisi circa la struttura del Regolamento stesso. Il contenuto di quest'ultimo può essere, in via di approssima-

zione, scomposto in due sezioni: la prima concernente l'individuazione dell'organo giurisdizionalmente competente a decidere una controversia e la seconda relativa al riconoscimento e all'esecuzione della pronuncia emessa dall'organo giurisdizionale identificato sulla base dei criteri di cui alla prima parte del Regolamento. Per quanto riguarda tali criteri, è necessario tenere conto della differenziazione di regimi che il Regolamento dispone adottando come elemento di *discrimen* il domicilio del convenuto. Infatti, mentre nel caso in cui il convenuto sia un soggetto domiciliato in uno Stato membro, la corte giurisdizionalmente competente dovrà essere determinata sulla base delle regole contenute all'interno del Regolamento stesso, l'articolo 6 di quest'ultimo sancisce che, qualora il convenuto sia domiciliato in uno Stato non membro dell'Unione europea, la corte adita dovrà valutare la sussistenza del proprio potere giurisdizionale alla luce delle norme nazionali^[16]. Con riguardo a tale disposizione, si rende necessaria una precisazione: infatti, è opportuno sottolineare che suddetta differenziazione di regimi influisce solamente sulla prima parte del Regolamento, ossia quella relativa all'individuazione dell'organo giurisdizionalmente competente, non alterando in alcun modo l'applicabilità delle disposizioni sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni^[17].

L'elemento sopra descritto è particolarmente rilevante nelle azioni dirette ad ottenere un risarcimento del danno derivante dalla violazione di norme concorrenziali. Infatti, dato il ca-

pretazione delle disposizioni della Convenzione e del Regolamento Bruxelles I al **Regolamento Bruxelles I bis**, ogniqualvolta tali disposizioni possano essere considerate equivalenti. Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 15.6.2017, C-249/16, *Kareda*, § 27; Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 17.10.2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen and Ilsjan*, § 24.

[11] Cfr., a mero titolo esemplificativo, Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/03 sulla competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, §§ 143-145.

[12] Cfr. K. Trimmings, P. Torremans, A. Grusic, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press, 2017, pagg. 202-203; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, UTET, 2017, pagg. 3-4.

[13] L'articolo 1 del Regolamento Bruxelles I bis dispone l'esclusione dal proprio ambito di applicazione delle cause aventi ad oggetto lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi o derivanti da rapporti comparabili al matrimonio, i fallimenti, le procedure relative alla liquidazione di persone giuridiche, i concordati e le procedure affini, la sicurezza sociale, l'arbitrato, le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, nonché i testamenti e le successioni.

[14] Cfr. *inter alia* Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 14.10.1976, C-29/76, *LTU c. Eurocontrol*, sent. 16.12.1980, C-814/79, *Netherlands State c. Ruffer*, sent. 14.11.2002, C-271/00, *Gemeente Steenbergen c. Luc Baten*.

[15] Cfr. *Jennard Report*, pag. 9; *Schlosser Report*, pag. 82, § 23; T.C. Hartley, *International Commercial Litigation. Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, 2ª ed., 2015, pp. 31-41.

[16] In merito, cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 23.10.2014, C-302/13, *flyLaL-Lituanian Airlines AS c. Starptautiska lidosta Riga VAS e Air Baltic Corporation AS*, § 29, secondo cui "un ricorso, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, avente ad oggetto il risarcimento del danno risultante dalla violazione delle norme del diritto sulla concorrenza, è di natura civile e commerciale".

[17] A tale proposito, è opportuno notare come la regola per cui la competenza giurisdizionale in dispute civili o commerciali transnazionali in cui il convenuto non sia domiciliato in uno Stato membro è da determinarsi sulla base delle norme nazionali della corte adita si espone ad alcune eccezioni, le quali sono specificamente indicate dall'articolo 6(1).

rattere tipicamente plurisoggettivo e plurilocalizzato di alcune condotte illecite concernenti il diritto *antitrust*, sarà necessario tenere sempre in considerazione il fatto che, anche ove l'attività illecita sia unica, è possibile che la competenza giurisdizionale nei confronti dei responsabili sia determinata sulla base di norme differenti, nonostante la controversia rientri all'interno dell'ambito applicativo del Regolamento^[18].

3. Il domicilio del convenuto e l'eventuale riunione delle azioni

Terminata dunque questa breve analisi circa l'ambito d'applicazione e la struttura del [Regolamento Bruxelles I bis](#), è possibile trattare ora del tema che ci occuperà nelle prossime pagine, ossia l'individuazione dei fori giurisdizionalmente competenti a decidere controversie che trovano la propria causa nella violazione di norme concorrenziali e, in particolare, alla luce di quanto si è detto nei paragrafi che precedono, controversie che presentano elementi di estraneità e in cui il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro.

La differenziazione dei regimi disposta dal [Regolamento Bruxelles I bis](#) per l'identificazione dell'organo giurisdizionale competente rende evidente la rilevanza della nozione di domicilio all'interno della struttura del Regolamento. Tale elemento diviene poi centrale se si considera che la norma cardine del Regolamento utilizza proprio questo concetto quale criterio per l'attribuzione della competenza giurisdizionale. Infatti, l'[articolo 4](#) dispone che «[...] *le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro*». Il principio del foro del domicilio del convenuto, che trova la propria *ratio* nella necessità di individuare un criterio di collegamento tra la controversia e il territorio degli Stati mem-

bri^[19], rappresenta la regola generale della prima parte del Regolamento, rispetto alla quale tutte le altre disposizioni si pongono in posizione di norme eccezionali^[20] o di norme aggiuntive^[21]. Proprio alla luce del ruolo ricoperto dalla nozione di domicilio del convenuto, si rendeva necessaria una definizione della stessa, la quale è contenuta all'interno degli [articoli 62 e 63](#) del Regolamento, con riferimento, rispettivamente, alle persone fisiche e alle persone giuridiche. Per quanto concerne le persone fisiche, il Regolamento non detta una definizione autonoma, limitandosi a disporre che, al fine di determinare se il convenuto abbia il proprio domicilio nel territorio dello Stato membro le cui autorità giurisdizionali sono adite, queste ultime dovranno applicare la propria legge nazionale. Diverso invece l'atteggiamento verso le persone giuridiche, per le quali l'[articolo 63](#) individua il domicilio, alternativamente, nel luogo in cui si trova la sede statutaria, l'amministrazione centrale e il centro d'attività principale delle stesse.

L'applicazione del principio enucleato dall'[articolo 4](#) del Regolamento alle controversie finalizzate ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla violazione di norme concorrenziali permette dunque all'attore di citare ciascun convenuto davanti agli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui quest'ultimo sia domiciliato.

Tuttavia, si pone ora una questione che, nel contesto degli illeciti anticoncorrenziali, assume valenza fondamentale. Infatti, poiché tali illeciti, per loro natura, spesso si presentano come plurisoggettivi, la mera applicazione dell'[articolo 4](#) costringerebbe l'attore a intentare tante azioni quanti sono gli Stati membri in cui i convenuti hanno il proprio domicilio, con conseguente sacrificio di alcuni degli obiettivi posti alla base del Regolamento, primo fra tutti quello di economia processuale^[22]. Alla luce di ciò, il [Regolamento Bruxel-](#)

[18] Si tenga conto che, per quanto concerne la normativa italiana, l'[articolo 3\(2\)](#) della legge n. 218/1995 recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato prevede che, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato membro, la giurisdizione italiana sussiste in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione di Bruxelles. In altre parole, nel caso in cui il convenuto di una disputa transnazionale di natura civile e commerciale non sia domiciliato in uno Stato membro, il Regolamento demanda alle norme nazionali il compito di determinare la sussistenza di giurisdizione in capo alle proprie corti e, nel caso dell'ordinamento italiano, le norme nazionali rimandano alle disposizioni della Convenzione di Bruxelles, le quali, dunque, in ultima istanza, troveranno applicazione. In merito al carattere statico del rimando di cui all'[articolo 3\(2\)](#) della legge n. 218/1995 cfr. Cass. civ. sez. un. ord. n. 22239/2009.

[19] In altre parole, anche nel caso in cui un giudice ritenga di avere, sulla base della propria legge nazionale, potere giurisdizionale a dirimere una controversia internazionale concernente la materia civile e commerciale e in cui il convenuto sia una persona domiciliata in uno Stato non membro, la decisione adottata da quel giudice con riferimento a quella controversia troverebbe "automatico" riconoscimento ed esecuzione all'interno del territorio dell'Unione europea. Questo è evidente se si tiene a mente che ogni disputa internazionale civile e commerciale (indipendentemente dal domicilio del convenuto) rientra all'interno dell'ambito di applicazione del [Regolamento Bruxelles I bis](#) e che è l'[articolo 6](#) dello stesso Regolamento a compiere un rimando alla normativa nazionale nei casi in cui il convenuto sia domiciliato in uno Stato non europeo.

[20] Cfr., per esempio, Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 27.10.1998, C-51/97, *Rèunion Européenne SA c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV*.

[21] Cfr. Considerando 13 del [Regolamento Bruxelles I bis](#).

[22] Cfr. Considerando n. 15 del [Regolamento Bruxelles I bis](#). Si vedano, per esempio, l'[articolo 71](#), relativo all'applicabilità di specifiche convenzioni di cui due o

les I bis dispone, all'articolo 8 n. 1, che una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta, in caso di pluralità di convenuti, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili[23].

Il correttivo apportato dall'articolo 8 n. 1 diviene dunque cruciale nel contesto degli illeciti concorrenziali, permettendo, ad esempio, alla vittima di un cartello di citare tutti i suoi componenti domiciliati all'intero dell'Unione europea in un solo Stato membro in cui uno di essi abbia il proprio domicilio[24].

4. Il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire

Il foro del domicilio del convenuto, eventualmente combinato con la regola disposta dall'articolo 8 n. 1 del Regolamento Bruxelles I bis, non rappresenta tuttavia l'unica opzione a disposizione del soggetto privato che desideri intentare una causa per il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di un comportamento anticoncorrenziale. Infatti, come si è avuto modo di accennare in precedenza, la struttura del Regolamento si articola in una serie di disposizioni che si pongono in posizione di norme aggiuntive rispetto al principio contenuto all'articolo 4, offrendo all'attore la possibilità di scegliere tra una pluralità di fori giurisdizionalmente competenti.

Una di queste disposizioni è rappresentata dall'articolo 7 del Regolamento Bruxelles I bis, il quale riconosce all'attore la possibilità di convenire una persona domiciliata in uno Stato membro davanti agli organi giurisdizionali di un diverso Stato membro. Tale disposizione si basa sul c.d. principio di prossimità, secondo il quale un allontanamento dalla regola generale disposta dall'articolo 4 è possibile nel caso in cui i fatti e le caratteristiche del procedimento collochino un giudice di uno Stato membro diverso da quello di domicilio del convenuto in una posizione più idonea a dirimere la controversia[25].

In particolare, ai fini dell'analisi che ci occupa, data la natura extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione del diritto della concorrenza[26], assume rilievo quanto disposto dall'articolo 7 n. 2 del Regolamento, ai sensi del quale, in materia di illeciti civili dolosi o colposi[27], un soggetto può essere convenuto anche davanti all'autorità giurisdizionale del "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire"[28]. Con riferimento a quest'ultima locuzione, la Corte di giustizia dell'Unione europea ne ha elaborato una nozione autonoma che trova il proprio fondamento nella c.d. teoria dell'ubiquità, per cui il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire indica, indistintamente, sia il luogo in cui si è manifestato il danno sia il luogo dell'evento generatore di tale danno[29], lasciando dunque all'attore la possibilità di scegliere uno tra questi fori.

più Stati membri siano parte o l'articolo 24, relativo ai c.d. casi di giurisdizione esclusiva.

[23] Cfr. Considerando n. 16 del Regolamento Bruxelles I bis. Si vedano, a mero titolo esemplificativo, l'articolo 7 relativo alle c.d. *exorbitant jurisdictions* o l'articolo 8, relativo a casi di concentrazione di azioni in ragione della loro connessione, disposizioni di cui avremo modo di parlare nel proseguo.

[24] A tal proposito, infatti, è opportuno tenere in considerazione anche il disposto del Considerando n. 21 ai sensi del quale, al fine di garantire il funzionamento armonioso della giustizia, deve essere stabilito un meccanismo chiaro ed efficace per risolvere i casi di litispendenza e di connessione.

[25] Cfr. J.J. Fawcett, *Multi-party litigation in private international law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995, pagg. 744-770; Z.S. Tang, *Multiple defendants in the European jurisdiction regulation*, in *European Law Review*, 2009, pagg. 80-102; v. anche Corte di giustizia dell'Unione europea, *inter alia*, sent. 13.7.2006, C-103/05, *Reisch Montage c. Kiesel Baumaschinen Handels*; sent. 11.10.2007, C-98/06, *Freeport c. Olle Arnoldsson*; sent. 1.12.2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard*; sent. 11.4.2013, C-645/11, *Land Berlin c. Ellen Mirjam Sapir and Others*.

[26] A tale proposito, cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 21.5.2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Evonik Degussa and Others*, § 33, secondo cui l'articolo 8(1) "[...] deve essere interpretato nel senso che la norma di concentrazione delle competenze in caso di pluralità di convenuti stabilita da tale disposizione può applicarsi riguardo a un'azione volta alla condanna in solido al risarcimento del danno e, nell'ambito di tale azione, alla produzione di informazioni, nei confronti di imprese che hanno partecipato in maniera diversa, sul piano geografico e temporale, a un'infrazione unica e continuata al divieto di intese previsto dal diritto dell'Unione accertata da una decisione della Commissione".

[27] Cfr. Considerando n. 16 del Regolamento Bruxelles I bis. Cfr. J.A. Pontier, E. Burg, *EU principles on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matter according to the case law of the European Court of Justice*, Asser Press, 2004, pagg. 162 ss. L'idoneità di una corte sulla base del principio di prossimità è solitamente collegata ad una maggiore vicinanza della stessa alle prove. Sul punto cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 16.07.2009, C-189/08, *Zuid-Chemie BV c. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*; sent. 22.01.2015, C-441/13, *Hejduck c. EnergieAgentur NRW*.

[28] In merito cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 23.10.2014, C-302/13, *flyLa-Lituanian Airlines AS c. Starptautiska lidosta Riga VAS e Air Baltic Corporation AS*, § 28, secondo cui "L'azione intentata [...] ha per oggetto il risarcimento del danno connesso ad un'asserita infrazione al diritto della concorrenza. Pertanto, essa ricade nella disciplina della responsabilità civile extracontrattuale".

[29] Sulla definizione di "materia di illeciti civili dolosi o colposi", cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 27.9.1988, C-189/87, *Kalfelis c. Schöred*, in cui la Corte, dopo aver sottolineato la necessità di fornire una definizione autonoma al suddetto concetto (§ 16), ha affermato che "[p] er garantire una soluzione uniforme

Prima di analizzare l'applicazione concreta della teoria dell'ubiquità ai casi di controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni causati dalla violazione della normativa *antitrust*, è opportuno trattare brevemente dell'individuazione del danno rilevante per l'identificazione del foro giurisdizionalmente competente ai sensi dell'articolo 7 n. 2 del Regolamento Bruxelles I bis. Infatti, la Corte di giustizia ha, in più occasioni, sottolineato la differenza tra danni diretti e mere conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'illecito, attribuendo esclusiva rilevanza, limitatamente ai profili giurisdizionali, ai primi^[30]. Da tale impostazione ne è derivata l'assoluta mancanza di rilievo tanto dei danni subiti da un soggetto terzo a causa dell'impatto negativo di un illecito sulla vittima "immediata" dello stesso^[31], quanto delle indirette conseguenze economico-finanziarie sopportate da quest'ultima^[32]. Con specifico riferimento ai profili giurisdizionali nel contesto di azioni *antitrust*, il giudice europeo ha ricondotto all'interno della categoria di danni diretti non solo le perdite di reddito derivanti da un calo delle vendite conseguenti una condotta posta in essere in violazione del diritto della concorrenza, ma anche il pagamento da parte del consumatore finale di un prezzo maggiorato in ragione della traslazione su quest'ultimo da parte del distributore dell'incremento di prezzo causato da un'intesa anticoncorrenziale^[33], così attribuendo loro rilevanza per l'individuazione del foro giurisdizionalmente competente.

Chiariti, dunque, alcuni punti preliminari, l'applicazione concreta della teoria dell'ubiquità ai casi di controversia aventi ad oggetto il risarcimento dei danni causati dalla violazione della normativa *antitrust* non risulta comunque sempre agevole. Infatti, proprio la complessità che solitamente caratterizza questo genere di illeciti (e a cui si faceva riferimento in apertura) rende particolarmente difficoltoso individuare sia il luogo in cui si è manifestato il danno sia il luogo dell'evento generatore di tale danno. Proprio per questa ragione, risulta di cruciale rilevanza compiere un'analisi approfondita dei casi in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a chiarire il significato del disposto dell'articolo 7 n. 2 del Regolamento Bruxelles I bis con specifico riferimento agli illeciti anticoncorrenziali.

La prima occasione in cui la Corte di giustizia ha dovuto occuparsi della questione risale al 2013, nel contesto del caso *CDC*^[34]. La controversia aveva origine da un'azione per la violazione dell'articolo 101 TFUE intentata innanzi a un'autorità giurisdizionale tedesca da parte di CDC (un c.d. *litigation vehicle* con sede a Bruxelles) nei confronti di sei società con sede legale in cinque Stati membri diversi dalla Germania. L'attività illecita era consistita prevalentemente nello scambio di informazioni importanti e riservate concernenti il mercato e/o le imprese e nella fissazione e monitoraggio dei prezzi nell'ambito di riunioni e di conversazioni telefoniche multilaterali e/o bilaterali che aveva-

*in tutti gli Stati membri, è opportuno riconoscere che la nozione di "materia di delitto o quasi delitto" comprende qualsiasi domanda mirante a coinvolgere la responsabilità del convenuto e che non si ricollega alla materia contrattuale di cui all'articolo 7(1)». Per una definizione di materia contrattuale, si veda Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 17.06.1992, C-26/91, *Jacon Handte e Cie GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, che individua il carattere distintivo di tale materia nell'esistenza di un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra.*

^[30] In merito all'articolo 7 n. 2 del Regolamento Bruxelles I bis è necessario sottolineare che la formulazione in esso utilizzata si discosta parzialmente da quella impiegata dall'articolo 5 n. 3 della Convenzione di Bruxelles del 1968, il quale fa riferimento non agli "illeciti civili dolosi e colposi" ma invece ai "delitti e quasi delitti". Nonostante questo discostamento, è stato ritenuto che tali disposizioni siano tra loro equivalenti e, conseguentemente, che le interpretazioni circa l'articolo 5 n. 3 possano essere impiegate anche con riferimento all'articolo 7 n. 2. Sul punto, si veda F. Pocar, *Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007*, in Gazz. Uff. Un. eur., n. C 319 del 23 dicembre 2009. Cfr anche Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 10.09.2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV e a. c. F.L.F. Spies von Bulleshiem* § 68.

^[31] Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 30.11.1976, C-21/76, *Bier BV c. Mines de Potasse D'Alsace SA*, § 19. Cfr. M.A. Lupoi, *La giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale nella Convenzione di Bruxelles*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1992, pagg. 367 ss.; R.A. Brand, *Tort jurisdiction in a multilateral convention: the lessons of the due process clause and the Brussels Convention*, in The Brooklyn Journal of International Law, 1998, pagg. 125-156; C. Castronovo, *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili" nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*.

^[32] Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 19.10.1995, C-364/93, *Antonio Marinari c. Lloyds Bank plc e Zubaidi Trading Company*, §§ 14 e 15; sent. 10.6.2004, C-168/02, *Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier e altri*; sent. 16.6.2016, C-12/15, *Universal Music International Holding BV c. Michael Tétéault Schilling e altri*; sent. 8.5.2018, C-304/17, *Helga Löber c. Barclays Bank plc*. In dottrina, si veda inoltre J. Kammin, *Reforming private antitrust enforcement in Europe: between harmonization and regulatory competition*, Berlino, 2014, p. 150; S. M. Carbone - C.E. Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016, p. 126; T.C. Hartley, *Jurisdiction in tort claims for non-physical harm under Brussels 2012, Article 7(2)*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, 1998, pp. 987-1003.

^[33] Cfr., *inter alia*, Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 11.01.1990, C-220/88, *Dumez France SA c. Hessische Landesbank*.

^[34] Cfr., tra molti, Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 19.10.1995, C-364/93, *Antonio Marinari c. Lloyds Bank plc e Zubaidi Trading Company*, §§ 14 e 15; sent. 10.6.2004, C-168/02, *Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier e altri*.

no avuto luogo più o meno regolarmente in Belgio, in Germania e in Francia. A seguito di un'eccezione di incompetenza da parte delle convenute, il *Landgericht Dortmund* decideva di sospendere il procedimento e di domandare alla Corte di giustizia dell'Unione europea se l'[articolo 7 n. 2](#) del Regolamento Bruxelles I bis (già articolo 5 n. 3 del Regolamento Bruxelles I) dovesse essere interpretato nel senso che, nel caso di azione proposta nei confronti di convenuti domiciliati in diversi Stati membri e volta a ottenere un risarcimento danni a seguito di un'infrazione all'[articolo 101 TFUE](#) compiuta in diversi Stati membri, l'evento dannoso potesse ritenersi avvenuto, in riferimento a ciascun convenuto e per l'insieme dei danni fatti valere, negli Stati membri nei quali erano stati conclusi ed attuati gli accordi collusivi.

Nel caso *CDC*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha applicato il principio dell'ubiquità e, quindi, al fine di identificare il luogo in cui l'evento dannoso era avvenuto, ha distinto tra luogo del fatto generatore del danno e luogo in cui tale danno si è manifestato. Per quanto riguarda il luogo del fatto, la Corte ha ritenuto che, nel caso di violazione dell'[articolo 101 TFUE](#), l'evento generatore del danno sia da individuarsi nell'intesa anticoncorrenziale e che, quindi, i giudici del luogo in cui tale intesa sia stata conclusa debbano essere ritenuti competenti a dirimere la controversia per il risarcimento del danno derivante da suddetto comportamento. Tale criterio, tuttavia, risultava di scarsa utilità e applicabilità nel caso in cui non fosse possibile individuare un luogo unico dove l'accordo anticoncorrenziale fosse stato concluso, ossia nel caso in cui esso fosse costituito da una serie di accordi collusivi adottati, per esempio, in occasione di varie riunioni e consultazioni svoltesi in diversi luoghi all'interno dell'Unione europea o, ancora, tramite mezzi di comunicazione "a distanza"[\[35\]](#). Per queste ragioni, la Corte ha ritenuto opportuno individuare un secondo luogo dell'evento causale nel luogo in cui sia stato concluso il singolo accordo tra quelli che hanno, nel loro complesso, costituito l'intesa illecita, che ha di per sé solo causato l'asserito danno[\[36\]](#). Per quanto concerne, invece, il luogo in cui il danno si è manifestato, il giudice europeo, dopo aver identificato tale danno nei costi supplementari pagati a causa di un prezzo artifi-

ciosamente elevato, ha ritenuto opportuno chiarire la necessità di individuare tale luogo con riferimento a ciascuna vittima del comportamento *contra* [articolo 101 TFUE](#) e di individuarlo nel luogo in cui tale vittima ha la propria sede sociale[\[37\]](#).

I principi elaborati nel caso *CDC* sono stati, nel 2017, ripresi e parzialmente rivisti dalla Corte di giustizia nel contesto del caso *flyLAL*[\[38\]](#). In tale sede, tuttavia, la Corte non si è limitata ad un'analisi delle questioni giurisdizionali con riferimento alle violazioni dell'[articolo 101 TFUE](#), cogliendo l'occasione per esprimersi anche con riguardo ai comportamenti illeciti contrari all'[articolo 102 TFUE](#). Il caso aveva ad oggetto un'azione promossa dalla compagnia lituana flyLAL nei confronti della compagnia lettone Air Baltic e dell'Aeroporto di Riga (Lettonia) innanzi a un'autorità giurisdizionale lituana. L'attrice chiedeva il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'estromissione dal mercato derivante dalla politica di prezzi predatoria messa in pratica da Air Baltic e finanziata attraverso la riduzione, a vantaggio di quest'ultima, delle tariffe dei servizi aeroportuali forniti dall'Aeroporto di Riga per voli da e verso l'aeroporto di Vilnius (Lituania). Avendo le convenute sollevato un'eccezione di incompetenza, la *Lietuvos apeliacinis teismas* decideva di sospendere il procedimento e di domandare alla Corte di giustizia dell'Unione europea se l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» di cui all'[articolo 7 n. 2](#) del Regolamento Bruxelles I bis (già articolo 5 n. 3 del Regolamento Bruxelles I) dovesse essere interpretata nel senso che essa si facesse riferimento al luogo in cui le convenute avevano concluso l'accordo illecito in violazione dell'[articolo 101 TFUE](#) oppure al luogo in cui le convenute avevano compiuto gli atti attraverso i quali avevano sfruttato il vantaggio economico derivante da tale accordo, praticando una politica dei prezzi predatoria in relazione ai mercati in cui operava anche la ricorrente.

La Corte di giustizia, dopo aver chiarito che la domanda pregiudiziale proposta concerneva violazioni tanto dell'[articolo 102 TFUE](#) (concretizzatesi nella messa in pratica di una politica di prezzi predatoria) quanto dell'[articolo 101 TFUE](#) (costituite dalla conclusione di un accordo

[\[35\]](#) Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 21.12.2016, C-618/15, *Concurrence Sàrl c. Samsung Electronics France SAS e Amazon Services Europe Sàrl*, §§ 33 e 35; sent. 5.7.2018, C-27/17, *AB flyLAL-Lithuanian Airlines c. Starptautiskā lidosta Rīga VAS e Air Baltic Corporation AS*, § 36; sent. 29.7.2019, C-451/18, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. c. DAF TRUCKS N.V.*

[\[36\]](#) Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 21.5.2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Evonik Degussa e altri*.

[\[37\]](#) *Ibid.*, § 45.

[\[38\]](#) *Ibid.*, § 46.

anticoncorrenziale)[39], ha applicato la teoria dell'ubiquità, andando, dunque, ad indagare ove si collocasse il luogo del fatto generatore del danno e il luogo in cui tale danno si fosse manifestato per ciascuno dei comportamenti anticoncorrenziali. Per quanto riguarda il luogo del fatto relativo ad intese anticoncorrenziali, la Corte di Giustizia ha confermato l'interpretazione fornita nel caso *CDC*, individuando il luogo dell'evento generatore del danno in quello di conclusione di tale intesa[40], chiarendo, altresì, che il medesimo criterio dovesse trovare applicazione anche nel caso in cui fosse accertato che un'attività anticoncorrenziale (come, ad esempio, una politica di prezzi predatoria) fosse posta in essere in esecuzione di uno o più accordi di cartello[41].

Tuttavia, nel caso in cui un'attività posta in essere in violazione del diritto della concorrenza costituisca una violazione distinta dell'articolo 102 TFUE, il luogo dell'evento generatore sarebbe stato da individuarsi in quello in cui la condotta anticoncorrenziale in questione fosse stata messa in atto. Infatti, nel caso di sfruttamento abusivo di una posizione dominante, l'evento causale è rappresentato dall'attuazione di tale sfruttamento, ossia negli atti compiuti dall'impresa dominante per metterlo in pratica[42].

Con riferimento poi al luogo in cui il danno si è manifestato, la Corte di giustizia, dopo aver chiarito che le perdite di reddito derivanti da un calo delle vendite conseguenti una anticoncorrenziale costituisce un danno diretto (e quindi rilevante ai fini dell'analisi giurisdizionale), ha fornito un'unica interpretazione dell'articolo 7 n. 2 del Regolamento Bruxelles I bis, indipendentemente dal fatto che l'illecito sia commesso in violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. Infatti, in

entrambi i casi, il *locus damni* è stato individuato nello Stato membro in cui si trova il mercato interessato dall'illecito e nel quale la vittima sostiene di aver subito il danno iniziale[43]. Risulta dunque evidente come la Corte si sia allontanata dall'interpretazione fornita nel caso *CDC*, ritenendo che il principio del mercato interessato rispondesse maggiormente agli obiettivi di prossimità e prevedibilità delle regole di competenza, in quanto, da un lato, i giudici dello Stato membro in cui si trova il mercato interessato sono i più idonei a esaminare le azioni intentate per il risarcimento danni e, dall'altro, un operatore economico che metta in atto condotte anticoncorrenziali può ragionevolmente aspettarsi di essere citato dinanzi ai giudici del luogo in cui tali condotte hanno falsato le regole di una sana concorrenza[44].

L'approccio adottato nel caso *flyLAL* è stato da ultimo confermato nella recente pronuncia *Tibor-Trans*[45], avente ad oggetto un'azione promossa dalla società ungherese Tibor-Trans nei confronti della società olandese DAF Trucks innanzi a un'autorità giurisdizionale ungherese. L'attrice, sebbene non avesse mai acquistato prodotti direttamente dalla DAF Trucks, chiedeva il risarcimento del danno subito a causa dell'incremento del prezzo di acquisto dai distributori derivante da un'intesa tra quindici produttori internazionali di autocarri, tra cui DAF Trucks. Quando la convenuta sollevava un'eccezione di incompetenza, la *Győri Ítéltábla* decideva di sospendere il procedimento e di domandare alla Corte di giustizia dell'Unione europea se la nozione di «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» di cui all'articolo 7 n. 2 del Regolamento Bruxelles I bis dovesse essere interpretata nel senso di attribuire la competenza giurisdizionale

[39] Tale conclusione si espone a innumerevoli critiche, prima fra tutte quella di porsi in aperto contrasto con il principio cardine del foro del convenuto enunciato dall'articolo 4 del Regolamento Bruxelles I bis. Infatti, la scelta di utilizzare il foro del convenuto quale criterio generale risponde a esigenze di tutela che fondando le proprie radici nell'interpretazione della figura del convenuto come parte "debole". Cfr., a tale proposito, M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Giuffrè, 2002, pagg. 365 ss.

[40] Alla luce dei criteri sopra esposti, la Corte di giustizia ha deciso, con riferimento al caso concreto, che, se l'attribuzione della competenza a pronunciarsi in base al criterio dell'evento generatore su un danno asseritamente cagionato da un'intesa illecita dipende dall'individuazione di un evento concreto al momento del quale o è stata definitivamente conclusa tale intesa o è stato adottato un accordo che sia di per sé solo l'evento causale del danno asseritamente arrecato a un acquirente, *CDC* (in quanto *litigation vehicle*) avrebbe potuto validamente promuovere, in ragione del criterio del *loci damni*, un'azione davanti all'organo giurisdizionale di ogni Stato membro in cui le vittime dell'illecito avevano la propria sede legale, con il chiarimento, tuttavia, che ciascun giudice adito avrebbe avuto una competenza limitata al danno subito dall'impresa con sede legale nel suo distretto. Cfr. *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Evonik Degussa e altri*, §§ 50, 55 e 56.

[41] Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 5.7.2018, C-27/17, *AB flyLAL-Lithuanian Airlines c. Starptautiskā lidosta Rīga VAS e Air Baltic Corporation AS*.

[42] *Ibid.*, § 44.

[43] *Ibid.*, § 49. È opportuno sottolineare come, nel caso *flyLAL* non vi sia alcuna indicazione circa il secondo criterio elaborato dalla Corte di giustizia nel caso *CDC*, ossia il criterio relativo alla possibilità di individuare un secondo luogo dell'evento causale nel luogo in cui sia stato concluso il singolo accordo tra quelli che hanno, nel loro complesso, costituito l'intesa illecita, che ha di per sé solo causato l'asserito danno.

[44] *Ibid.*, § 50.

[45] *Ibid.*, §§ 51 e 52.

al luogo in cui la vittima dell'illecito anticoncorrenziale dichiara di aver subito un danno e in cui essa ha la propria sede sociale.

In questo caso, ancora una volta concernente la violazione dell'[articolo 101 TFUE](#), dopo aver evidenziato come nessun elemento della domanda di pronuncia pregiudiziale consentisse di concludere che fosse contestato che i giudici ungheresi non potessero trarre la loro competenza internazionale sulla base del criterio del luogo dell'evento generatore del danno lamentato, "*in quanto nessuno degli accordi collusivi costitutivi di un'infrazione ai sensi dell'articolo 101 TFUE si [era] svolto in Ungheria*"[\[46\]](#), la Corte di giustizia si è concentrata sull'individuazione del luogo del danno. In merito, una volta qualificato l'incremento dei costi pagati dall'attrice come conseguenza immediata dell'infrazione ai sensi dell'[articolo 101 TFUE](#) e, quindi, come danno rilevante ai fini dell'[articolo 7 n. 2](#) del Regolamento Bruxelles I bis, il giudice europeo, in pedissequa applicazione del criterio elaborato nella decisione *flyLAL*, ha individuato il luogo di tale danno in quello del mercato interessato da tale infrazione, ossia il luogo in cui i prezzi del mercato sono stati falsati, nell'ambito del quale la vittima asserisce di aver subito il relativo danno[\[47\]](#).

La decisione *Tibor-Trans*, dunque, oltre a fornire ulteriore corroborazione al criterio sancito dalla decisione *CDC* e confermato da *flyLAL* per l'individuazione del luogo dell'evento generatore in caso di azioni di risarcimento danno per la violazione dell'[articolo 101 TFUE](#), sembra decretare il definitivo superamento del principio del luogo della sede legale della vittima dell'illecito anticoncorrenziale per quanto concerne il luogo del danno (elaborato del giudice europeo nel caso *CDC*), dando ulteriore supporto al principio del mercato interessato.

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono è possibile intravedere un quadro sufficientemente

chiaro in materia di competenza giurisdizionale relativa ad azioni di risarcimento per danni derivanti da condotte anticoncorrenziali. Infatti, una volta delimitato l'ambito di indagine alle controversie internazionali in cui il convenuto sia un soggetto domiciliato all'interno dell'Unione europea, all'attore sono offerte due alternative: il foro di domicilio del convenuto (*ex art. 4* del Regolamento), eventualmente combinato con la regola di cui all'[articolo 8 n. 1](#), e il foro in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire (*ex articolo 7 n. 2* del Regolamento). In questo secondo caso, la giurisprudenza affermata dal caso *Bier BV c. Mines de Potasse D'Alsace SA* riconosce all'attore la possibilità di scegliere tra l'autorità giurisdizionale del luogo in cui si è manifestato il danno e quella del luogo dell'evento generatore di tale danno (c.d. teoria dell'ubiquità).

Per quanto riguarda il luogo del danno, questo, dopo una prima pronuncia che identificava tale luogo nello Stato membro in cui ciascuna vittima della condotta anticoncorrenziale aveva la propria sede sociale, sembra ad oggi poter essere individuato nel luogo in cui si trova il mercato interessato dall'illecito e nel quale la vittima sostiene di aver subito il danno iniziale.

Per quanto concerne, invece, il luogo dell'evento generatore del danno, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto opportuno distinguere in base al tipo di condotta posta in essere. Nel caso di intesa anticoncorrenziale conclusa in violazione dell'[articolo 101 TFUE](#), il luogo dell'evento è stato identificato nello Stato membro in cui tale intesa è stata conclusa, rimanendo tuttavia in dubbio la possibilità di individuare il luogo dell'evento, in via sussidiaria, anche nello Stato membro in cui sia stato concluso il singolo accordo tra quelli che hanno, nel loro complesso, costituito l'intesa illecita, che ha di per sé solo causato l'asserito danno. Nel caso, invece, di condotta contraria all'[articolo 102 TFUE](#), la giurisprudenza ha riconosciuto la competenza dell'autorità giurisdizionale del luogo in cui la condotta anticoncorrenziale in questione sia stata messa in atto.

[\[46\]](#) Nel caso *flyLAL*, tale luogo è stato identificato dalla Corte come lo Stato membro nel cui mercato la ricorrente svolgeva la parte essenziale delle sue attività di vendita relative ai voli interessati dall'illecito anticoncorrenziale compiuto dalle convenute.

[\[47\]](#) Cfr. *AB flyLAL-Lithuanian Airlines c. Starptautiskā lidosta Rīga VAS e Air Baltic Corporation AS.*, § 40.

LIQUIDAZIONE DEGLI ONORARI DEL DIFENSORE

Il giudizio di liquidazione degli onorari del difensore in caso di attività svolta per più gradi del medesimo giudizio

Le Sezioni Unite interrogate in merito ai criteri di individuazione del giudice competente

di Francesco Martire

DEL 28 NOVEMBRE 2019

Sommario

1. Cass. civ., Sez. 6, 17.06.2019 n. 16212
2. Vicenda e contenuto della decisione
3. Questioni poste in luce dal provvedimento
4. Il dibattito giurisprudenziale
5. Riflessioni conclusive

1. Cass. civ., Sez. 6, 17.06.2019 n. 16212

La [Sezione sesta](#) ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ravvisando la sussistenza di una questione di massima di particolare importanza in relazione al problema, sollevato dal ricorrente, concernente l'individuazione del giudice competente sulla domanda di liquidazione dei compensi agli avvocati che abbiano svolto la propria attività professionale per più gradi del medesimo processo.

2. Vicenda e contenuto della decisione

Il Tribunale, a seguito di ricorso proposto ai sensi dell'[art. 702 bis c.p.c.](#) dal difensore interessato, ha dichiarato la propria incompetenza rispetto alla domanda di liquidazione dei compensi professionali per il patrocinio svolto in favore dell'assistito.

Ad avviso del Giudicante, infatti, essendo stato definito il giudizio dal medesimo Tribunale e, a seguito di impugnazione, anche con sentenza della Corte d'Appello, la richiesta aveva necessariamente ad oggetto i compensi per l'attività svolta in entrambi i gradi di giudizio. Conseguentemente, l'intera lite rientrava nella competenza del Giudice del gravame, poiché solo questi poteva liquidare un compenso adeguato, alla luce di una valutazione globale dell'attività svolta dal difensore.

Avverso la suddetta decisione l'avvocato ha proposto ricorso per regolamento di competenza sostenendo che il Tribunale avrebbe disatteso le indicazioni di Cass, civ., Sez. Un., [23.02.2018 n. 4485](#); in base a tale pronuncia, infatti, le Sezioni Unite avrebbero affermato che nei procedimenti *ex art. 14 d.lgs. 150/2011*, quando le prestazioni del difensore sono svolte innanzi a più Uffici giudiziari, la liquidazione del relativo compenso deve essere richiesta attraverso la proposizione di domande autonome ai diversi Giudici che hanno conosciuto la controversia.

La Sezione rimettente, preso atto del quadro normativo esistente e degli orientamenti giurisprudenziali sviluppatisi in relazione ad esso, ha ritenuto sussistere un problema interpretativo rilevante e bisognoso di un intervento del Supremo Consesso, non riuscendo a pervenire a soluzioni univoche anche alla luce dell'evoluzione legislativa avvenuta in tale materia.

3. Questioni poste in luce dal provvedimento

Il procedimento di liquidazione degli onorari, dei diritti e delle spese sostenute dal difensore ai fini dello svolgimento dell'attività professionale a favore del proprio assistito trovava originariamente una compiuta disciplina nell'[art. 28 l. 794/1942](#), riguardante gli «Onorari di Avvocato e di Procuratore per prestazioni giudiziali in materia civile». Tale di-

sposizione stabiliva che la richiesta di liquidazione dovesse essere presentata dall'avvocato innanzi al capo dell'Ufficio giudiziario adito per il processo; unica eccezione alla suddetta regola di carattere generale consisteva nella ipotesi in cui l'interessato preferisse attivare, ai medesimi fini, la procedura di ingiunzione di cui agli artt. 633 ss. c.p.c.

L'art. 34, comma 16 lett. a) d.lgs. 150/2011, provvedimento riconducibile ai numerosi interventi legislativi volti alla semplificazione del processo civile e posti in essere nel solco della legge delega 69/2009, ha modificato l'art. 28, stabilendo che, ferma restando l'alternativa dell'ingiunzione, il procedimento attivabile ai fini della liquidazione è unicamente quello cui fa riferimento l'art. 14 del medesimo decreto. Tale disposizione stabilisce che al procedimento di liquidazione di cui alla legge 794/1942 e al giudizio di opposizione ex art. 645 c.p.c. - nel caso in cui l'interessato preferisca avvalersi del procedimento ingiuntivo - si applicano le norme in tema di procedimento sommario di cognizione, da incardinarsi innanzi all'«Ufficio giudiziario di merito adito nel processo per il quale l'avvocato ha prestato la propria opera»[1].

È opportuno sottolineare, tuttavia, che l'art. 3 del medesimo decreto prevede che alle controversie in esame non si applichino i commi 2 e 3 dell'art. 702 ter c.p.c.: ciò significa che, nel caso in cui il difensore decida di avvalersi del rito sommario, quest'ultimo presenta, in funzione dell'oggetto della controversia, dei caratteri di specialità. Essi consistono, stante l'inapplicabilità di alcune delle disposizioni dell'art. 702 ter c.p.c., nell'impossibilità per il giudice di dichiarare l'inammissibilità della domanda ove ritenga che la causa non rientri tra quelle indicate nell'art. 702 bis c.p.c. e di disporre il mutamento del rito fissando l'udienza ai sensi dell'art. 183 c.p.c., laddove ritenga che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria. Il rito sommario cui fa riferimento tale normativa, dunque, non può considerarsi pienamente rientrante nel paradigma degli artt. 702 bis ss. c.p.c., presentando caratteristiche fortemente peculiari, tanto da essere stato definito quale rito sommario «speciale».

Tanto premesso in punto di diritto positivo, si sottolinea come il problema ermeneutico costituente l'oggetto dell'ordinanza in commento sorge dalla necessità di mettere a sistema gli orientamenti giurisprudenziali formati in base all'o-

riginario disposto dall'art. 28 l. 794/1942 con le modifiche normative introdotte dal d.lgs. 150/2011. Sotto tale profilo, le principali difficoltà per gli interpreti discendono dalla assenza di indicazioni legislative sulla natura della competenza del giudice della liquidazione, non essendo chiaro se essa sia di carattere funzionale ed inderogabile oppure, al contrario, derogabile e suscettibile di subire gli effetti della concessione. A ciò deve aggiungersi che la soluzione di tale nodo interpretativo risulta di particolare importanza poiché si pone in rapporto di strumentalità con quello concernente la tipologia di rito applicabile; infatti, come poc'anzi accennato, il legislatore delegato ha essenzialmente attratto al rito sommario «speciale» tutte le controversie inerenti ai compensi professionali per la cui definizione il difensore intenda avvalersi del procedimento ex art. 28, in base ad una valutazione ex ante che, alla luce dell'oggetto della causa, ha ridotto la possibilità di scelta del rito attivabile in tali ipotesi. I due ordini di problemi, dunque, risultano necessariamente connessi, discendendo dalla individuazione della natura della competenza di cui all'art. 28 quella dei paradigmi procedurali a disposizione della parte che intenda far valere i propri diritti di credito.

4. Il dibattito giurisprudenziale

Secondo l'orientamento prevalente della Suprema Corte nel periodo antecedente alla Novella del 2011 la competenza ex art. 28 l. 794/1942 aveva carattere funzionale ed inderogabile[2]; ciononostante, ad avviso della medesima giurisprudenza, tale circostanza non era considerata ostativa alla possibilità per il difensore, il quale avesse prestato la propria opera professionale in più gradi del medesimo giudizio, di instaurare un unico giudizio sulla liquidazione dei compensi presso il giudice che per ultimo avesse trattato il processo, ferma restando la necessità di proporre la domanda al capo dell'Ufficio giudiziario adito[3].

Al contrario, ad avviso di altro indirizzo minoritario, la natura inderogabile della competenza comportava anche l'impossibilità di proporre domande cumulative presso un unico Ufficio giudiziario, essendo necessario avanzare la relativa istanza ai diversi giudici ai fini della liquidazione delle spese e dei compensi del rispettivo grado di giudizio[4].

[1] Cfr. art. 14, comma 2 d.lgs. 150/2011

[2] Sulla natura inderogabile della competenza ex multis si vedano Cass. civ., Sez. 2, 27.01.1995 n. 993; Cass. civ., Sez. L., 12.09.1995 n. 9628; Cass. civ., Sez. 2, 6.12.2013 n. 27402.

[3] Sulla possibilità di una richiesta cumulativa al giudice del gravame si veda ex multis Cass. civ., Sez. 2, 10.07.1987 n. 6033.

[4] Il precedente a tal proposito citato dal Giudice rimettente è Cass. civ., Sez. 2, 18.03.1997 n. 6493. La Sezione seconda, nel rigettare il ricorso, risolve nei seguenti termini la questione di diritto relativa al giudice competente: «Per quanto riguarda il primo motivo, la questione di diritto, che la Corte deve risolvere per de-

Peraltro, tale dibattito risultava connesso ad altro, concernente la possibilità di avvalersi dello speciale procedimento ex [art. 28](#) nelle ipotesi in cui la controversia sulla liquidazione involgesse non solo la determinazione del *quantum* del compenso ma anche, in radice, l'*an* della pretesa creditoria. Ad avviso di un primo indirizzo^[5], la contestazione dell'esistenza di un diritto di credito concretamente attivabile dal

difensore impediva l'applicabilità del procedimento di liquidazione speciale, con la conseguente necessità per il giudice adito di dichiarare l'inammissibilità del ricorso e pronunciare ordinanza non impugnabile di mutamento del rito, previa verifica della regolare costituzione del contraddittorio. Altro orientamento^[6], invece, sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni di riferimen-

cidere la controversia, è se, per i giudizi che si sono svolti in doppio grado, la competenza a liquidare gli onorari ed i diritti spettanti al difensore appartenga per intero al giudice d'appello, davanti alla quale il procedimento viene definito, ovvero se ciascun giudice sia competente a liquidare gli onorari ed i diritti relativi al processo svoltosi davanti a sé. Per la verità, non persuade l'argomento analogico addotto dai ricorrenti, secondo cui nel caso di giudizio, che si protrae per più gradi, in considerazione del carattere unitario dell'attività difensiva, gli onorari di avvocato vanno liquidati - in base alla tariffa in vigore nel momento in cui l'opera complessiva è condotta a termine - dal giudice del secondo grado, che si trova nelle migliori condizioni per valutare le prestazioni professionali dell'intero procedimento. Il richiamo non sembra conferente. Anzitutto, questi principi, elaborati dalla giurisprudenza ma non ancorati ad una precisa disposizione di legge, riguardano la liquidazione degli onorari a carico della parte soccombente, mentre la fattispecie in esame attiene a tutte le competenze che l'avvocato richiede al cliente. Inoltre, l'analogia dedotta è soltanto apparente, in quanto nella specie in esame non si riscontra la stessa ratio, configurata dalla necessità di valutare unitariamente la prestazione professionale, posto che nella fattispecie si prescinde dal risultato conseguito e si ha riguardo soltanto alle singole prestazioni professionali compiute nel processo. Ciò posto, la scarna disposizione di cui all'[art. 28 della l. 13](#) giugno 1942, n. 794 - secondo cui l'avvocato propone il ricorso davanti «al capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo» - dalla giurisprudenza concorde viene interpretata come attributiva della competenza funzionale (e inderogabile) del giudice adito (Cass., Sez. Lav., [12 settembre 1995, n. 9628](#); Cass., Sez. Lav., [20 aprile 1995, n. 3381](#); Cass., Sez. II, [18 maggio 1994, n. 4824](#)).

Pertanto, correttamente il Tribunale, per il caso dei procedimenti, che si sono svolti in più gradi, in quanto "giudice adito", ha ritenuto di essere competente a liquidare gli onorari ed i diritti per la fase del processo, che si è svolta davanti a sé».

[5] Cass. civ., Sez. 2, [27.03.2001 n. 4419](#)

[6] A tal proposito un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale è stato inaugurato da Cass. civ., Sez. 6, 13.10.2015 n. 4002. Infatti, dopo aver ricordato l'orientamento di segno contrario, la Corte sottolinea come «In senso contrario alla tesi in esame, si è peraltro osservato che il rito sommario di cognizione ex [art. 702-bis ss., c.p.c.](#), garantisce comunque una cognizione piena della posizione soggettiva dedotta in giudizio, seppur con una trattazione ed un'istruzione semplificate e mette in crisi la premessa da cui muoveva il predetto orientamento giurisprudenziale. È stato richiamato l'[art. 3, 1° comma, D. Lgs. 150/2011](#), nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'[art. 702 ter, 2° comma, c.p.c.](#), ai sensi del quale il Giudice, se "rileva che la domanda non rientra tra quelle indicate nell'[art. 702 bis](#), la dichiara inammissibile. Nello stesso modo provvede sulla domanda riconvenzionale". La predetta norma precluderebbe infatti al Giudice, adito ex [art. 14, D. Lgs. n. 150/2011](#), di dichiarare inammissibile la domanda anche qualora l'oggetto del procedimento si estenda all'accertamento dei presupposti del diritto dell'avvocato al compenso professionale, così superando il precedente orientamento giurisprudenziale della Cassazione di cui si è sopra dato conto. Inoltre, l'[art. 4 D.lgs. n. 150/2011](#) consente il mutamento del rito in ipotesi di controversia promossa con forme diverse da quelle previste, così sembrando riferirsi all'ipotesi dell'errore sul rito compiuto ab origine, e non alla opportunità/necessità, non derivante da errore iniziale, che la controversia, per effetto delle argomentazioni difensive del convenuto, proceda con rito diverso.

I sostenitori questa tesi rilevano che la norma potrebbe essere letta estensivamente ed applicata anche nelle ipotesi in cui la scelta del rito "incongruo" non sia dipesa da un errore del ricorrente (ossia dell'avvocato) ma dalle difese del convenuto, che hanno determinato l'inapplicabilità del rito sommario, con le contestazioni relative all'*an* e non solo al *quantum* debeatur. In sintesi, secondo la tesi in esame, il ricorso sommario proposto dall'avvocato sarebbe suscettibile di evolvere, previa conversione del rito ex [art. 4 D.lgs. n. 150/2011](#) in rito ordinario, allorché il convenuto contesti anche l'*an* o proponga domanda riconvenzionale. Infine, secondo una terza tesi, l'intero giudizio di liquidazione dei compensi, comprensivo dei temi sull'*an* debeatur, dovrebbe essere trattato con il «nuovo» rito sommario. Conseguentemente, nel caso in cui il giudizio in tale materia venga introdotto con rito ordinario e, dunque, con atto di citazione (o con atto di citazione in opposizione avverso il decreto ingiuntivo ottenuto dall'avvocato), il Presidente del Tribunale o della Sezione tabellarmente competente dovrebbe: disporre il mutamento del rito da ordinario in sommario ai sensi dell'[art. 4 D.lgs. n. 150/2011](#); nominare il Giudice relatore; fissare l'udienza di comparizione parti avanti al Collegio per la trattazione.

La Corte ritiene di aderire a questa ultima tesi tenendo conto della pienezza della cognizione che, secondo la maggioranza della dottrina e la stessa relazione di accompagnamento, sarebbe assicurata da questo procedimento e nel rispetto dell'impianto generale del [D.lgs. n. 150/2011](#), in cui la tipologia del rito è il frutto di una decisione legislativa senza possibilità di scelte discrezionali della parte o del giudice. Infatti, in tal modo è rispettata la rado che ha guidato il legislatore delegato secondo cui il controllo di concreta compatibilità della singola lite con le forme semplificate del rito, che nel procedimento sommario di cognizione facoltativo di cui agli [artt. 702 bis ss.](#) è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice, è sostituito, nel procedimento sommario obbligatorio disciplinato dall'[art. 3, D.lgs. n. 150/2011](#), da una verifica, astratta ed irrevocabile, compiuta a monte dal legislatore sulla base delle caratteristiche riscontrate in alcune specie di controversie che hanno ad oggetto determinate specifiche materie.

Una tale soluzione ha evidenti vantaggi di economia processuale e sarebbe conforme al principio di conservazione degli atti processuali, evitando la declarato-

to ed alla luce delle novità introdotte con il [d.lgs. 150/2011](#), affermava che al dato normativo avrebbe dovuto essere attribuito un significato in senso nettamente opposto, dal momento che le disposizioni contenute nel decreto, stabilendo l'inapplicabilità al procedimento sommario *ex art. 28* dei commi [2](#) e [3](#) dell'*art. 702 ter* c.p.c. e individuando *ex ante* le tipologie di rito applicabili a siffatte ipotesi, impedirebbero al giudice di dichiarare l'inammissibilità della domanda anche nel caso in cui la controversia sulla liquidazione involga contestazioni inerenti ai presupposti di esistenza del diritto dell'avvocato^[7].

In tale contesto sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza [23.02.2018 n. 4485](#)^[8].

Il Supremo Consesso, investito delle questioni concernenti le tipologie di rito attivabili ai fini della liquidazione dei compensi ed il perimetro della situazione giuridica soggettiva suscettibile di accertamento da parte del giudice delle relative controversie alla luce del mutamento normativo avvenuto con la Novella del 2011, ha affermato che: «La prima questione posta dall'ordinanza di rimessione deve, dunque, risolversi con l'affermazione del seguente principio di diritto: “a seguito dell'introduzione dell'[art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011](#), la controversia di cui all'[art. 28 della L. n. 794 del 1942](#), come sostituito dal citato d.lgs., può essere introdotta: *a*) o con un ricorso ai sensi dell'[art. 702-bis, cod. proc. civ.](#), che dà luogo ad un procedimento sommario “speciale”, disciplinato dal combinato disposto dell'[art. 14](#) e degli artt. [3](#) e [4](#) del citato d.lgs. e dunque dalle norme degli artt. [702-bis](#) e [702-ter](#) seg. cod. proc. civ., salve le deroghe previste dalle dette disposizioni del d.lgs.; *b*) o con il procedimento per decreto ingiuntivo ai sensi degli artt. [633](#) e segg. cod. proc. civ., l'opposizione avverso il quale si propone con ricorso ai sensi dell'[art. 702-bis](#) e [702-ter](#) segg. cod. proc. civ. ed è disciplinata come *sub a*), ferma restando l'applicazione delle norme speciali che dopo l'opposizione esprimono la permanenza della tutela privilegiata del creditore e segnata-

mente degli artt. [648](#), [649](#) e [653](#) cod. proc. civ. (quest'ultimo da applicarsi in combinato disposto con l'ultimo comma dell'[art. 14](#) e con il penultimo comma dell'[art. 702-ter cod. proc. civ.](#)). Resta, invece, esclusa la possibilità di introdurre l'azione sia con il rito di cognizione ordinaria e sia con quello del procedimento sommario ordinario codicistico, di cui agli artt. [702-bis](#) e segg. cod. proc.”. La seconda questione posta dall'ordinanza di rimessione va risolta con l'affermazione del seguente principio di diritto: “La controversia di cui all'[art. 28 della L. n. 794 del 1942](#), tanto se introdotta con ricorso ai sensi dell'[art. 702-bis cod. proc. civ.](#), quanto se introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, ha ad oggetto la domanda di condanna del cliente al pagamento delle spettanze giudiziali dell'avvocato tanto se prima della lite vi sia una contestazione sull'an *debeatur* quanto se non vi sia e, una volta introdotta, resta soggetta (nel secondo caso a seguito dell'opposizione) al rito indicato dall'[art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011](#) anche quando il cliente dell'avvocato non si limiti a sollevare contestazioni sulla quantificazione del credito alla stregua della tariffa, ma sollevi contestazioni in ordine all'esistenza del rapporto, alle prestazioni eseguite ed in genere riguardo all'an^[9]. Soltanto qualora il convenuto svolga una difesa che si articoli con la proposizione di una domanda (riconvenzionale, di compensazione, di accertamento con efficacia di giudicato di un rapporto pregiudicante), l'introduzione di una domanda ulteriore rispetto a quella originaria e la sua esorbitanza dal rito di cui all'[art. 14](#) comporta - sempre che non si ponga anche un problema di spostamento della competenza per ragioni di connessione (da risolversi ai sensi delle disposizioni degli artt. [34](#), [35](#) e [36](#) cod. proc. civ.) e, se è stata adita la corte di appello, il problema della soggezione della domanda del cliente alla competenza di un giudice di primo grado, che ne impone la rimessione ad esso - che, ai sensi dell'[art. 702-ter, quarto comma, cod. proc. civ.](#), si debba dar corso alla trattazione di detta domanda con il rito sommario congiuntamente a quella *ex art. 14*, qualo-

ria di inammissibilità che è espressamente esclusa dall'[art. 3, 1° comma, D. Lgs. 150/2011](#), nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'[art. 702 ter, 2° comma, c.p.c.](#) [...]. Tale soluzione è in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza [n. 26-4-2014 n. 65](#) che, con riferimento alla dedotta violazione dei principi della legge delega riferita all'[art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2011](#), ed in particolare all'esclusione della convertibilità del rito sommario, ha rilevato che la norma in esame costituisce immediata applicazione del criterio direttivo di cui all'[art. 54, comma 4, lettera b\), numero 2\), della legge n. 69 del 2009](#), il quale - nel ricondurre al modello del procedimento sommario quei procedimenti nei quali sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa - afferma che resta “esclusa per tali procedimenti la possibilità di conversione nel rito ordinario”».

^[7] Per l'analisi di un più recente arresto giurisprudenziale in linea con il suesposto orientamento (Cass. civ., Sez. 6, 16.01.2019 n. 1023) cfr. Summa, *L'azione per il pagamento dei compensi dell'avvocato è sempre soggetta al rito ex art. 14 d.lgs. n. 150/2011*, 2019.

^[8] Per un'analisi più approfondita della pronuncia delle Sezioni Unite cfr. Minissale, *La tutela del credito professionale dell'avvocato: la decisione delle sezioni unite*, 2019; Martinoli, *Le Sezioni Unite si pronunciano sull'alternatività dei riti nella procedura di liquidazione dei compensi degli avvocati ex art. 14, d.lgs. n. 150/2011*, 2018; Metafora, *Le Sezioni Unite fanno il punto sui procedimenti esperibili per la liquidazione dei compensi degli avvocati*, 2018.

^[9] Per una critica di tale affermazione di principio si veda Carratta, *Il rito sugli onorari dell'avvocato e un revirement delle Sezioni unite che non convince*, 2018.

ra anche la domanda introdotta dal cliente si presti ad un'istruzione sommaria, mentre, in caso contrario, si impone di separarne la trattazione e di procedervi con il rito per essa di regola previsto (non potendo trovare applicazione, per l'esistenza della norma speciale, la possibilità di unitaria trattazione con il rito ordinario sull'intero cumulo di cause ai sensi dell'[art. 40, terzo comma, cod. proc. civ.](#))».

Partendo da tali premesse interpretative, la Sezione rimettente prosegue precisando che le Sezioni Unite hanno aderito alle tesi della natura derogabile della competenza, in quanto non diversamente qualificata da legislatore, e della possibilità di proposizione della domanda di liquidazione presso un unico Ufficio giudiziario - cioè il Tribunale ordinario - pur a fronte di una pretesa creditoria involgente prestazioni fornite dal difensore per più gradi del medesimo giudizio. In particolare, l'ordinanza interlocutoria fa riferimento alla parte motiva della [sentenza 4485/2018](#) nella parte in cui i Giudici di legittimità affermano che «Il cumulo di domande proposte dal ricorrente sarebbe stato eventualmente introducibile con rito monitorio in presenza di un criterio di radicazione ai sensi del [primo](#) o del [terzo](#) comma dell'[art. 637 c.p.c.](#) Il fatto che qui il ricorrente non avesse utilizzato la forma monitoria e, dunque, non avesse utilizzato uno dei due riti introduttivi possibili, non incideva sulla possibilità che il detto tribunale potesse essere competente, atteso che, se il legale rinuncia ad avvalersi del procedimento monitorio ed introduce la controversia ex [art. 28](#) direttamente con il rito sommario, sebbene non davanti all'ufficio presso il quale le prestazioni sono state espletate, non si può ritenere che il giudice adito non sia competente, qualora la sua competenza fosse sussistita se fosse stato adito con rito monitorio»^[10].

Alla luce delle considerazioni suesposte, la Sezione rimettente ha disposto la trasmissione degli atti processuali al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ritenendo che il quadro sistematico emerso dall'analisi combinata del dato positivo e di quello pretorio induca ad interrogarsi sulla possibilità attuale, a fronte delle modifiche legislative intervenute, di proporre domanda di liquidazione in via cumulativa al solo giudice che per ultimo abbia conosciuto della controversia, in coerenza con l'orientamento maggioritario formatosi nella vigenza dell'[art. 28 ante](#) riforma, oppure se, in base al coordinamento degli [artt. 14](#), comma [2](#) d.lgs. 150/2011 e [637 c.p.c.](#), il difensore possa scegliere solo tra la proposizione di più domande au-

tonome per le spese di ciascun grado e la cumulazione delle stesse innanzi al Tribunale competente ai sensi dell'[art. 637 c.p.c.](#)^[11]

5. Riflessioni conclusive

Il problema interpretativo sottoposto dall'ordinanza interlocutoria all'attenzione delle Sezioni Unite, come più volte ribadito, discende dalle difficoltà che gli operatori del diritto hanno incontrato nell'armonizzare l'evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi prima dell'introduzione del [d.lgs. 150/2011](#) con le novità introdotte da quest'ultimo provvedimento. Il legislatore delegato, infatti, ha innovato la disciplina di settore modificando il sistema degli strumenti di tutela attivabili dal professionista, attraverso la definizione a monte dei modelli procedurali utilizzabili dal soggetto interessato, il quale ha attualmente la possibilità di scegliere alternativamente tra il procedimento di liquidazione di cui al citato [art. 28](#), parzialmente riconducibile al rito di cui agli [artt. 702 bis](#) ss. c.p.c., e quello per decreto ingiuntivo di cui agli [artt. 633](#) ss. c.p.c.

A fronte di tali modifiche sul piano del diritto positivo, sia la giurisprudenza che la dottrina si sono interrogate sulla possibilità per il difensore di far valere le proprie pretese creditorie, involgenti compensi per un'attività sviluppatasi per più gradi di giudizio, innanzi ad un unico giudice. Tale opzione ermeneutica, infatti, pur essendo coerente con l'orientamento maggioritario formatosi in relazione all'[art. 28](#) prima della Novella, sembra porsi in irrimediabile contrasto con la lettera della medesima disposizione, così come risultante dalle modifiche normative, in quanto l'[art. 14](#) del più volte citato decreto afferma espressamente che competente a decidere sia «l'ufficio giudiziario di merito adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato la propria opera».

Le Sezioni Unite, già chiamate a decidere su una problematica parzialmente sovrapponibile, hanno ritenuto possibile la proposizione della domanda di liquidazione innanzi al Tribunale ordinario, sebbene essa abbia ad oggetto i compensi professionali derivanti dall'attività svolta in più gradi del medesimo giudizio. Ad avviso del Supremo Collegio, infatti, la competenza contemplata dall'[art. 28](#) così come modificato dall'[art. 14](#) ha carattere derogabile ed è suscettibile di subire gli effetti della connessione, non essendovi qualificazioni legislative di segno contrario, di modo che essendo il Tribunale competente rispetto alla domanda ex [art. 637 c.p.c.](#), ta-

[10] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., [23.02.2018 n. 4485](#) pag. 44.

[11] Un commento dell'ordinanza interlocutoria è fornito da Valerini, *Onorario per il patrocinio in più gradi di giudizio: l'avvocato alle prese con il rebus della competenza*, 2019.

le competenze deve necessariamente ritenersi sussistente anche nel caso in cui il soggetto interessato opti per l'attivazione del rito speciale, sebbene il *petitum* includa il corrispettivo di prestazioni espletate innanzi ad un diverso giudice.

I Giudici rimettenti, dunque, preso atto del consolidamento di tale indirizzo, prendono da esso le mosse per proporre un nuovo quesito, concernente in questo caso la possibilità di proposizione della domanda di liquidazione in via cumulativa non al Tribunale ordinario ma al giudice che per ultimo abbia conosciuto della controversia, cioè quello di appello.

Tale ricostruzione risulta coerente con la pregressa giurisprudenza, in base alla quale il Giudice del gravame dovrebbe ritenersi competente con riferimento alla liquidazione di tutti i compensi, in quanto unica autorità giudiziaria di merito in grado di valutare l'attività svolta dal professionista nella sua globalità. Tuttavia, non è chiaro se essa possa ritenersi conforme anche al nuovo dato normativo.

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, dunque, si ritiene opportuno sottolineare che una presa di posizione di

carattere estensivo non appare in astratto incompatibile con la volontà del legislatore delegato per come ricostruita dalla Suprema Corte, alla luce dei principi fissati nella legge delega e della natura derogabile della competenza del giudice della liquidazione, ed allo stesso tempo risulterebbe conforme al principio di economia processuale. Tuttavia, essa potrebbe in concreto porsi in contrasto con la *ratio* di fondo delle disposizioni relative alla liquidazione dei compensi professionali, le quali si caratterizzano per la individuazione *ex ante* dei paradigmi procedurali utilizzabili dal soggetto interessato, attraverso una tecnica legislativa che riduce fortemente il ventaglio degli strumenti processuali a disposizione del professionista.

Perciò, se la proposizione di una domanda cumulativa *ex art. 28* innanzi al Tribunale appare corretta, a fronte della competenza della medesima autorità giudiziaria ai sensi dell'*art. 637 c.p.c.*, non è certo che analogo ragionamento possa farsi con riferimento alla competenza del giudice di appello, in assenza di indicazioni normative in tal senso.

Le Pagine de 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.

Alessio Antonelli

È Senior Associate dello Studio Legale Lipani Catricalà & Partners, con sedi a Roma e Milano.

Si occupa di diritto civile, commerciale, societario, tributario, amministrativo e del lavoro. Membro del Centro Studi istituito all'interno dello Studio, è altresì relatore nell'ambito del ciclo di eventi formativi organizzati annualmente dallo Studio Legale Lipani Catricalà & Partners, accreditati presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Alessia D'Addazio

Si laurea, *cum laude*, in giurisprudenza presso l'Università La Sapienza di Roma nel novembre 2016. Da ottobre 2017 Alessia svolge il Dottorato di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso la stessa Università La Sapienza di Roma. È autrice di articoli e contributi pubblicati in varie riviste scientifiche in materia di diritto processuale civile. Alessia collabora con uno Studio legale romano nei settori del contenzioso in materia civile e commerciale e della crisi di impresa.

Marco Farina

Avvocato in Roma. Professore a contratto di diritto processuale civile presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUISS Guido Carli di Roma. È autore di una monografia e di numerosi articoli pubblicati in varie riviste scientifiche nelle materie del diritto processuale civile, nazionale ed internazionale, e del diritto fallimentare. Regolarmente, partecipa come relatore a convegni scientifici e di aggiornamento professionale.

Beatrice Ficarelli

Laureata con 110/110 e lode presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze, dopo aver conseguito il Dottorato di ricerca, Beatrice Ficarelli è divenuta Ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo.

Attualmente è Professore Associato in Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena.

Membro dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, nonché del comitato scientifico e di redazione di riviste specializzate in Diritto processuale civile, tiene anche lezioni e corsi in Diritto processuale civile presso varie Scuole di specializzazione per le professioni legali (Master II° livello) e Corsi di Alta Formazione post-universitaria. Specializzata in diritto processuale civile comparato, tra i suoi lavori principali si annoverano le due monografie "Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale" (Napoli, 2011) e "Esibizione di documenti e discovery", (Torino, 2004).

Lucilla Galanti

Avvocato dal 2015 e dal 2017 dottore di ricerca in *Istituzioni e mercati, diritti e tutele*, Università di Bologna, è attualmente assegnista di ricerca presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Elisa Giardini

Dopo essersi laureata nel 2002, *cum laude*, in giurisprudenza presso l'Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna, con una tesi dal titolo "Legislazione

ordinaria e statuto della convivenza", ha conseguito l'abilitazione alla professione forense e dal 2006 è iscritta all'Albo degli Avvocati di Ravenna, città nella quale lavora. Ha acquistato un Master Universitario di I° Livello in "Diritto dell'Ambiente – La gestione dell'ambiente" (a.a. 2008/2009) presso Università Ca' Foscari di Venezia, Dipartimento di Scienze Giuridiche, con elaborato finale dal titolo: "L'art. 137 c. 5 e 6 del Codice dell'Ambiente: superamento valori – limite tabellari tra sanzione amministrativa e sanzione penale".

Francesco Martire

Laureato con lode in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma 3, discutendo una tesi in diritto amministrativo dal titolo "Gli obblighi di efficienza energetica delle Pubbliche Amministrazioni". Ha redatto una serie di approfondimenti sul tema dell'efficienza energetica pubblicati sul sito de "Laboratorio per L'Innovazione Pubblica". Fa parte dello staff editoriale del periodico semestrale dal titolo "Roma Tre Law Review" edita da Roma TrE-press. Svolge la pratica forense in Roma ed il tirocinio ai sensi dell'art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Corte di Cassazione.

Mirco Minardi

Avvocato cassazionista del foro di Ancona. Oltre dieci anni fa ha aperto un blog, www.lexform.it in cui si è prevalentemente occupato di procedura civile, in particolare degli aspetti pratici legati al processo. In una prima fase, ha approfondito alcuni aspetti del giudizio di primo grado e del giudizio di appello, riversando i risultati delle proprie ricerche in alcune pubblicazioni (*Le insidie e i trabocchetti della fase di trattazione del processo di cognizione*, Lexform.it, 2009; *Le trappole del processo civile*, Giuffrè, 2010; *Il giudizio di appello: vademecum*, Giuffrè, 2011; *Gli strumenti per contestare la ctu*, Giuffrè, 2013). Da circa due anni il suo interesse scientifico si rivolge principalmente al giudizio di cassazione.

Mattia Polizzi

Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria (Varese e Como), cultore delle materie di diritto processuale civile presso il Di.D.E.C. e di diritto fallimentare presso il Di.ECO del medesimo Ateneo. I suoi ambiti di ricerca e studio sono il processo civile ordinario, i processi cautelari e sommari, l'esecuzione forzata, il diritto fallimentare.

Edoardo Filiberto Roversi

Praticante avvocato presso Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, L.L.M. in International Business Law presso King's College London, Laurea Magistrale in Giurisprudenza presso Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

Giovanni Viglino

Dottore in giurisprudenza e attualmente studente LL. M. a Ginevra in risoluzione internazionale delle controversie (MIDS LL. M.). Giovanni è coinvolto in diversi progetti accademici, tra i quali la Willem C. Vis Moot Competition in arbitrato internazionale, dove collabora sia come arbitro sia come uno dei coach della squadra dell'Università degli Studi di Milano.

LE AREE DELLA RIVISTA

Impugnazioni – Trattazione – Cautelare – Fallimentare – Dir. Proc.Europeo – Esecuzioni – Prove – Arbitrato – Mediazione – Procedimenti Speciali – Procedimenti Camerali – Volontaria Giurisdizione – Rito Del Lavoro – Tribunale Delle Imprese – Processo Industrialistico – Proc. Dir. Famiglia – Societario.