



*Le Pagine de*

**AC**

**L' AULA  
CIVILE**

**4 2019**

aprile

**IN QUESTO NUMERO:**

**EREDITÀ: LA NUOVA SOSPENSIONE**

**L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: COME CAMBIA**

**DANNI PUNITIVI: QUALI APPLICAZIONI?**

**ERRORE DEL GIUDICE**

**CONTRATTO PRELIMINARE E IPOTECHE**

**ESECUZIONE FORZATA: IL PUNTO OGGI**

**LE DECISIONI NELL'UNIONE EUROPEA**

**NOTIFICAZIONI A MEZZO PEC**

**ASSISTENZA MORALE AI FIGLI**

**I POTERI DEL C.T.U.**

**PIGNORAMENTO E REDDITO DI CITTADINANZA:  
QUALI POSSIBILITÀ?**

  
**MAGGIOLI  
EDITORE**

*Le Pagine de*

**AC** | **L' AULA  
CIVILE**

**4** 2019

aprile



**IN QUESTO NUMERO:**

**EREDITÀ: LA NUOVA SOSPENSIONE**

**L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: COME CAMBIA**

**DANNI PUNITIVI: QUALI APPLICAZIONI?**

**ERRORE DEL GIUDICE**

**CONTRATTO PRELIMINARE E IPOTECHE**

**ESECUZIONE FORZATA: IL PUNTO OGGI**

**LE DECISIONI NELL'UNIONE EUROPEA**

**NOTIFICAZIONI A MEZZO PEC**

**ASSISTENZA MORALE AI FIGLI**

**I POTERI DEL C.T.U.**

**PIGNORAMENTO E REDDITO DI CITTADINANZA:  
QUALI POSSIBILITÀ?**

**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

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

## LE TUTELE PER I CONSUMATORI

- 5** Il “New Deal for Consumers” della Commissione UE: alcune riflessioni sulla proposta di direttiva sulla tutela collettiva dei consumatori  
Giacomo Pailli

## EREDITÀ: LA NUOVA SOSPENSIONE

- 9** Articolo 463 bis c.c.: gli aspetti pratici della nuova sospensione dalla eredità  
di Elena Briganti

## L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: COME CAMBIA

- 13** È possibile estendere l'esdebitazione alle procedure di amministrazione straordinaria? Una recente pronuncia tra passato e futuro della disciplina fallimentare  
di [Mattia Polizzi](#)

## DANNI PUNITIVI: QUALI APPLICAZIONI?

- 20** L'articolo 96, comma 3, c.p.c.: teoria, applicazione e prospettive de iure condendo  
di Dario Bonetti

## ERRORE DEL GIUDICE

- 30** Il sindacato della Corte di Cassazione sull'errore di percezione compiuto dal giudice di merito su un fatto controverso  
Mirco Minardi

## CONTRATTO PRELIMINARE E IPOTECHE

- 36** Il subentro del curatore nel contratto preliminare di compravendita immobiliare e il potere del Giudice delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche  
Massimiliano Bina

## ESECUZIONE FORZATA: IL PUNTO OGGI

- 39** Le ultime novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 135 del 2018 convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12  
Concetta Marino

## LE DECISIONI NELL'UNIONE EUROPEA

- 51** La circolazione delle decisioni giudiziarie nel sistema del regolamento Bruxelles I bis - **Prima Parte**  
Michele Angelo Lupoi
- 60** La circolazione delle decisioni giudiziarie nel sistema del regolamento Bruxelles I bis - **Seconda Parte**  
Michele Angelo Lupoi

## NOTIFICAZIONI A MEZZO PEC

- 69** La Cassazione afferma la nullità della notificazione ad indirizzo di posta elettronica certificata estratto dal registro INI-PEC: una decisione da dimenticare  
Martino Zulberti

## **MALA FEDE E COLPA GRACE DELLA PARTE PROCESSUALE**

- 72** **La lite temeraria: analisi dell'art. 96, commi 1 e 2, c.p.c.**  
Martina Mazzei

## **ASSISTENZA MORALE AI FIGLI**

- 78** **La tutela processuale del diritto dei figli all'assistenza morale da parte dei genitori**  
Beatrice Cianciosi

## **I POTERI DEL C.T.U.**

- 83** **L'ampiezza dei poteri del consulente tecnico di ufficio nel processo civile e la loro compatibilità con le preclusioni istruttorie**  
Maria Rosaria Manselli

## **SOVRAINDEBITAMENTO**

- 89** **La meritevolezza del debitore sovraindebitato nella procedura di liquidazione del patrimonio (Tribunale di Bergamo, decreto 25 gennaio 2019)**  
Roberto Alemanno

## **PIGNORAMENTO E REDDITO DI CITTADINANZA: QUALI POSSIBILITÀ?**

- 93** **Si può pignorare il Reddito di cittadinanza? Brevi considerazioni a margine di un recente intervento normativo**  
Elisa Giardini
- 98** **Le “comunicazioni” e le “notifiche” nell’era digitale: il momento perfezionativo della spedizione via pec e la sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2019, n. 75, dichiarativa della illegittimità dell’art. 16 septies, L. n. 221 del 2012**  
Caterina Silvestri

## LE TUTELE PER I CONSUMATORI

# Il “New Deal for Consumers” della Commissione UE: alcune riflessioni sulla proposta di direttiva sulla tutela collettiva dei consumatori

Giacomo Pailli

del 2 aprile 2019

L'11 aprile 2018 la Commissione dell'Unione Europea ha pubblicato una Comunicazione dall'evocativo titolo “A New Deal for Consumers”[1]. Parte di questo nuovo patto europeo, è la [proposta di direttiva](#) “relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori”[2]. Dopo anni di incertezza e timidezza da parte dell'Unione sul tema dei meccanismi di tutela collettiva, la Commissione sembra cambiare rotta, spinta dal noto scandalo del “Dieselgate”, espressamente citato in numerosi passi della comunicazione.

Proprio la vicenda “Dieselgate” è esemplificativa nel mostrare lo iato di tutela che caratterizza i sistemi processuali al di là delle sponde atlantiche. Negli USA, Volkswagen, il principale ma non unico gruppo automobilistico al centro dello scandalo, ha chiuso nel giro di due anni le varie pendenze, pubbliche e private, derivanti dalla consapevole falsificazione delle emissioni dei motori diesel, con

transazioni dal valore complessivo di 25 miliardi di dollari. Di tale ingente somma, ben 10 miliardi sono stati destinati alla transazione della *class action*[3] composta dagli acquirenti americani delle automobili. Tale classe, grazie al meccanismo partecipativo noto come “opt-out”, contava circa 500.000 proprietari di veicoli, ai quali VW ha offerto in via transattiva di ricomprare il veicolo e di pagare, come risarcimento, tra i 5.000 e i 10.000 dollari di danni (ad auto)[4].

In Europa, dove pure ha avuto luogo la condotta censurata, dove la risonanza mediatica non è stata certo minore, e dove il numero di veicoli coinvolti è stimato in ben otto milioni di unità[5], non vi è traccia di transazioni miliardarie ed il gruppo tedesco ha a più riprese dichiarato che provvederà solo a riparare i mezzi, ma che non vi sarà alcun risarcimento del danno o riacquisto delle auto[6]. Situazioni come quella descritta rendono palese l'esisten-

[1] COM(2018) 183 del 11 aprile 2018, disponibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0183> Il comunicato stampa è disponibile all'indirizzo [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3041\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_it.htm)

[2] [Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio](#) relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, COM(2018) 184 del 11 aprile 2018, disponibile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0184>. La proposta incorpora anche la precedente direttiva in materia di tutela inibitoria, della quale non ci occuperemo in queste brevi note. Come noto la direttiva è uno strumento legislativo che lascia libertà, più o meno ampia, agli Stati membri nello scegliere le concrete modalità di attuazione. Inoltre, la direttiva proposta espressamente «non osta a che gli Stati membri adottino o mantengano in vigore le disposizioni intese a concedere agli enti legittimati o a qualunque altro soggetto interessato altri mezzi procedurali per esperire azioni finalizzate alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori a livello nazionale» (art. 1).

[3] V. il saggio di N. Trocker, *Class action negli USA: e in Europa?*, CIE, 1/2009, 186; cfr. anche R. Nagareda, “Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism”, (2009) 62 *Vanderbilt Law Review* 1, 28.

[4] Fonte: <https://www.reuters.com/article/us-volkswagen-emissions/u-s-appeals-court-upholds-volkswagens-10-billion-diesel-settlement-idUSKBN1JZ21G>

[5] Fonte: <https://www.politico.eu/article/dieselgate-cars-pollution-total-recall-europe-still-lagging-on-dieselgate-fix/>

[6] Fonte: <https://www.theguardian.com/business/2016/jan/21/vw-rejects-call-to-compensate-european-drivers-emissions-scandal> Vi sono state alcune iniziative negli Stati Membri, tra i quali segnaliamo un'azione di classe pendente avanti al Tribunale di Venezia, dove - secondo quanto riferito dall'associazione promotrice - sarebbero state raccolte circa 76.000 adesioni (cifra record per il sistema italiano), e dove viene chiesto un danno pari al 15% del prezzo del veicolo. Fonte:

za di un vuoto di tutela nel continente europeo[7], in particolare con riferimento al risarcimento del danno. A sua volta, consentire che gli autori degli illeciti trattengano (almeno in parte) i profitti delle proprie condotte vietate, si traduce in un vuoto di effettività del diritto, giacché violare le regole può essere più conveniente e redditizio che seguirle, anche se si viene scoperti.

Come lo scandalo Parmalat ha spinto il legislatore italiano ad introdurre l'azione di classe, anche per l'obiettivo di gestire la partecipazione di migliaia di risparmiatori danneggiati quali parti civili nell'azione penale, così il Dieselgate si è imposto all'attenzione della Commissione UE imponendo un'accelerazione al processo di elaborazione di meccanismi processuali per aggregare gruppi di danneggiati che si trovano in una posizione omogenea (per usare una terminologia ormai cara al commentatore italiano. Nelle stesse parole della Commissione, le valutazioni effettuate dalle istituzioni europee mostrano «che il rischio di violazioni della normativa UE a danno degli interessi collettivi dei consumatori sta aumentando a causa della globalizzazione economica e della digitalizzazione»[8].

Alcuni settori del diritto europeo erano già stati oggetto di importanti interventi, anche sul piano processuale, che mostravano l'attenzione della Commissione per l'effettività della tutela. Il riferimento è, ad esempio, alla tutela della proprietà intellettuale, oggetto della direttiva c.d.

“enforcement”[9], o al settore delle azioni di risarcimento da violazione della normativa antitrust[10]. In entrambe le normative si trovano disposizioni che incidono, in particolare sulla prova, con l'evidente finalità di offrire una tutela più effettiva e semplice ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale e ai soggetti danneggiati da una condotta contraria alle regole sulla concorrenza.

Sul versante dei meccanismi di tutela collettiva, tuttavia, le resistenze sono sempre state più elevate e anche l'ultima proposta licenziata mostra il permanere delle stesse premesse concettuali che hanno caratterizzato gli interventi della Commissione negli ultimi dieci anni. Se vi è un elemento che emerge con assoluta chiarezza nella relazione di accompagnamento, e traspare anche in controluce dal testo della proposta di direttiva, infatti, è il costante rifiuto di qualsiasi soluzione che possa anche solo accostare il meccanismo europeo alla *class action* di matrice USA[11]. Non è un caso che la Commissione, ancora una volta[12], ribadisca la necessità di trovare un «equilibrio tra l'accesso alla giustizia e la prevenzione di possibili abusi, con un approccio distinto, diverso dal modello di contenzioso in stile statunitense».

Se il modello americano di tutela dei diritti collettivi ed omogenei si basa (anche) sulla figura del c.d. *private attorney general*[13], ossia sull'individuo che, perseguendo una finalità di tutela privata, produce benessere per l'intera collettività, partecipando alla complessiva opera di en-

<https://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/altroconsumo-contro-volkswagen> ; e l'azione promossa dagli investitori di Volkswagen in Germania per la perdita del valore azionario, ove sono chiesti circa 9 miliardi di euro di risarcimento complessivo, fonte: [https://www.repubblica.it/economia/finanza/2018/09/10/news/volkswagen\\_class\\_action-206063668/](https://www.repubblica.it/economia/finanza/2018/09/10/news/volkswagen_class_action-206063668/)

[7] Per alcuni cenni comparati, si v. il noto saggio di R. Cappalli, C. Consolo, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, (1992) 6 *Temple International & Comparative Law Journal* 217.

[8] *Proposta di direttiva*, COM(2018) 184, p. 1.

[9] Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, disponibile all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0048R\(01\):IT:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0048R(01):IT:HTML) La direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. 16 marzo 2006 n. 140. V. diffusamente AA.VV., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. Nivarra, Giuffrè, Milano, 2005; AA.VV., *Il processo industriale*, a cura di A. Giussani, Giappichelli, Torino, 2012.

[10] V. 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 disponibile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104> La direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. V. tra i tanti, AA.VV., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di Pietro Manzini, Torino, Giappichelli, 2017.

[11] Un settore assai rilevante della tutela collettiva in USA - frutto della dimensione e della natura diffusa del capitalismo nord americano - è rappresentato dalle c.d. *securities class action*, ossia da quelle azioni di classe che sono promosse da azionisti o risparmiatori che si ritengono danneggiati dalla condotta dei manager.

[12] Lo aveva già fatto, in particolare, nei *Considerando* 10, 13, 15, 19, 20 e 26 della Raccomandazione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, in GUUE del 26 luglio 2013 L 201/60, disponibile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013H0396>

[13] S. Burbank - S. Farhang - H. Kritzer, “Private enforcement of statutory and administrative law in the United States”, *Int'l Lis*, 2011, 3-4, 153 ss; e H. Buxbaum, “The Private Attorney General in a Global Age: Public Interest in Private International Antitrust Litigation”, *Y. L. J.* XXVI, 2001, p. 219.

*forcement* del diritto ed in particolare delle normative a tutela del mercato e degli individui (es., antitrust, salute, ambiente, consumo), Bruxelles rifiuta decisamente l'idea che i danneggiati (*rectius*: i loro avvocati) possano vestire i panni degli imprenditori che utilizzano i potenti mezzi processuali messi a disposizione dall'ordinamento per costringere i convenuti ad una transazione, pur di evitare costi e pubblicità di un contenzioso processuale. Sono ancora troppo forti nell'ottica europea, da un lato la narrativa che vuole il sistema processuale americano preda di azioni vessatorie ed abusive nei confronti di società viste come "pozzi senza fondo" dai quali trarre risarcimenti milionari, e dall'altro la marcata influenza del modello "pubblico" di *enforcement*, che affida la tutela di mercato e persone al diritto penale e al diritto amministrativo, autorizzatorio (*ex ante*) o sanzionatorio (*ex post*), per poter consentire al processo civile di deviare dalla finalità compensatoria che gli è propria ed abbracciare anche una funzione dissuasiva.

Ed infatti, la proposta di direttiva prevede che solo enti esponenziali senza finalità di lucro possano farsi promotori dell'azione rappresentativa, ribadendo - in qualche misura contro la filosofia che ha ispirato la direttiva in materia di danno da antitrust[14] - che per l'Unione l'*enforcement* è solo pubblico, o al limite "quasi-public", ossia associativo, e dichiaratamente senza scopo di lucro.

Nella stessa scelta dei termini linguistici, la Commissione continua a marcare la distanza dal più noto e fortunato istituto statunitense, ed adotta la formula, pleonastica, di «azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori»; ciò diversamente dal legislatore italiano che nel 2009 ha abbandonato la formula "azione

collettiva risarcitoria" adottata nel 2007[15], per dirigersi, almeno a parole, verso il termine "azione di classe"[16]. Passando al meccanismo di partecipazione all'azione collettiva, la proposta di direttiva introduce alcune promettenti novità, anche se - anticipiamo sin d'ora - non ne è del tutto chiara la portata. Per dare i contorni della questione, il tema del quale stiamo parlando è quello della nota contrapposizione tra partecipazione c.d. *opt-in* (è incluso nella classe solo chi aderisce attivamente) e partecipazione c.d. *opt-out* (tutti i danneggiati sono parte della classe, salvo chi manifesta l'intenzione di esserne escluso). Pur consapevoli che il successo della *class action* americana poggia sulla combinazione, a tratti virtuosa, talvolta viziosa[17], di molti ingredienti, il meccanismo di partecipazione è sicuramente uno snodo cruciale. È stato, infatti, mostrato efficacemente[18] che l'assottigliarsi del danno comporta il progressivo emergere di un sentimento definito "*rational apathy*"[19], per cui chi è titolare del diritto al risarcimento non compie alcuna azione: né aderisce alla classe (se *opt-in*), né chiede di esserne escluso (*opt-out*). Ciò comporta che, in particolare nel caso di condotte che producono un danno seriale di scarsa entità individuale, ma di importo aggregato rilevante e dannoso per il bene comune, il meccanismo di partecipazione diviene un ingrediente indispensabile per il successo dell'istituto. Lo dimostra bene l'esperienza italiana che nei suoi dieci anni di applicazione di un meccanismo *opt-in* ha visto - sino ai casi eclatanti più recenti[20] - classi composte solo da unità o poche decine di aderenti. Sia che si ragioni in termini di dissuasione delle condotte illecite (la quale richiede, *de minimis*, la completa neutralizzazione del profitto), di effettività o di diritto d'azione, è chiaro che vi sono - e so-

[14] V. *supra* nota 10.

[15] L. 24.12.2007, n. 244, art. 2, c. 446.

[16] L. 23 luglio 2009, n. 99, art. 49 e ss.mm. Sull'esperienza italiana v., tra i tanti, Donzelli R., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene, Napoli, 2011; Consolo C. e Zuffi B., *L'azione di classe ex art 140 bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Cedam, Padova, 2012; ed il nostro scritto, con A. De Luca, *Le azioni di classe dei consumatori: presupposti e limiti*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014. V. anche A. Giussani, *Studi sulle class actions*, CEDAM, Padova, 1996 e Id., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, il Mulino, Bologna, 2008

[17] A. Miller, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"", (1979) 92 *Harvard Law Review* 664, 666-67; S. Scheuerman, "The Consumer Fraud Class Action: Reining in Abuse by Requiring Plaintiffs to Allege Reliance as an Essential Element", (2006) 43 *Harvard Journal on Legislation* 1, 1-10, 38-39.

[18] D. Rosenberg, "Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases", *Harv. L. Rev.* CXV, 2001-02, pp. 831-33; J. Connor, "Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels", *J. Ind. Compet. Trade* VI, 2006, p. 195; Z. Juska, "Obstacles in European Competition Law Enforcement: A Potential Solution from Collective Redress", 7 *European Journal of Legal Studies*, 2014, pp. 128-36.

[19] È la nota espressione utilizzata dal Giudice Posner nel caso *Carnegie v. Household Int'l, Inc.*, 376 E3d 656, 661 (7th Cir. 2004).

[20] V. *supra* nota 6 ed altre azioni nelle quali Altroconsumo afferma di aver raccolto migliaia di adesioni. V. ad es. <https://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/class-action-fiat> e <https://www.altroconsumo.it/azioni-collettive/facebook>



no in aumento - una serie di situazioni nelle quali la tutela o è collettiva ed estesa, o è praticamente impossibile[21]. La proposta della Commissione non rimane del tutto insensibile a queste istanze. Lo schema previsto dalla Commissione non è di immediata comprensione, ma potrebbe essere ricostruito in questi termini. Legittimati ad agire sono sicuramente solo gli “enti legittimati” senza scopo di lucro, dunque non anche i consumatori o altri soggetti che intendano trarre un profitto dalla lite. Tali enti legittimati possono chiedere misure inibitorie e/o il risarcimento del danno e l’art. 6 della direttiva lascia liberi gli Stati membri di scegliere se imporre o meno che l’ente agisca con «il mandato dei singoli consumatori interessati». Tale elemento sembra aprire alla possibilità che gli Stati membri adottino anche meccanismi di tipo *opt-out*.

Vi sono due casi, però, nei quali è il diritto europeo a prevedere come non necessario il mandato dei singoli consumatori, cosa che dovrebbe essere vincolante per gli Stati membri in sede di attuazione. Il primo si avrebbe quando questi «sono identificabili ed hanno subito danni comparabili provocati dalla stessa pratica relativa a un periodo di tempo o a un acquisto». In tale caso, afferma la proposta, «l’obbligo del mandato dei singoli consumatori interessati non costituisce condizione per avviare l’azione». La formulazione, oltre che tecnicamente imperfetta, è oscura[22]: il mandato non è necessario per avviare l’azione, ma lo è per poterne fare parte ed avere diritto al risarcimento? Ad ogni modo, rimane aperta la possibilità di un’interpretazione in favore di un meccanismo *opt-out*.

La seconda ipotesi riguarda, invece, il caso di azioni nelle quali il risarcimento del danno ha un valore unitario talmente minimo che la distribuzione dell’importo tra i danneggiati sarebbe più onerosa del risarcimento stesso. In questo caso «gli Stati membri garantiscono che il mandato dei singoli consumatori interessati non sia

necessario»[23] e l’importo dovuto dal danneggiante è destinato per finalità pubbliche (come campagne di sensibilizzazione dei consumatori), disinnescando il fenomeno dei risarcimenti tramite “coupon”, ove i danneggiati ricevono solo un “buono” per il prossimo acquisto sulla piattaforma online del danneggiante, mentre gli studi legali promotori ricevono milioni in compensi legali[24].

La non perfetta chiarezza delle espressioni utilizzate, tuttavia, non deve oscurare il potenziale innovativo e l’apertura, almeno parziale, a meccanismi di partecipazione *opt-out*.

Anche altre soluzioni avanzate nella proposta di direttiva sono meritevoli di attenzione, come la necessità di trasparenza relativamente alle fonti di finanziamento dell’azione, specie se ad opera di soggetti terzi (art. 7), o la necessità di una supervisione giudiziale delle transazioni collettive (art. 8), due passaggi delicati ove si possono annidare conflitti d’interesse e abusi.

Riproducendo soluzioni già sperimentate nell’ambito della direttiva antitrust[25], poi, la proposta di direttiva accoglie meccanismi processuali di esibizione coatta dei documenti (art. 13), di sospensione della prescrizione (art. 11), nonché la valenza probatoria “pan europea” delle decisioni adottate in uno Stato membro che accertino la violazione del diritto UE (art. 10), le quali possono così essere utilizzate in altro Stato membro per assolvere - almeno in parte - l’onere di provare la condotta illecita o il danno. Pur presentando certamente luci ed ombre, la proposta di direttiva nel suo complesso deve essere valutata positivamente quale tentativo della Commissione di rianimare il confronto tra le istituzioni europee intorno al tema della tutela collettiva. Resta da vedere se e in che misura il procedimento legislativo che è stato avviato saprà migliorare il testo e chiarire i punti più oscuri, mantenendone però lo slancio innovativo, o se le aperture più coraggiose saranno destinate a svanire.

[21] Facciamo riferimento qui al lavoro di M. Cappelletti, “Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist’s Contribution”, 25 *Buff. L. Rev.* 643 (1975-76), p. 684

[22] Neanche il raffronto con le altre versioni linguistiche o la consultazione della relazione di accompagnamento aiutano a chiarire il senso della disposizione.

[23] Si noti la diversa formulazione tra le due ipotesi riportate nel testo. Nel primo caso «l’obbligo del mandato dei singoli consumatori interessati non costituisce condizione per avviare l’azione», nel secondo «gli Stati membri garantiscono che il mandato dei singoli consumatori interessati non sia necessario». Tentando un’interpretazione sistematica, ciò potrebbe lasciar intendere che solo nel secondo caso si ha un meccanismo puramente *opt-out*, mentre nel primo ad un certo punto è richiesta l’adesione del consumatore.

[24] Il compenso dello studio legale, infatti, viene di regola calcolato come percentuale dell’importo complessivo oggetto di risarcimento che, nel caso di classi composte tramite il meccanismo *opt-out*, può avere un valore aggregato assai elevato anche se al singolo consumatore sono destinati pochi dollari. C. Leslie, “A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation”, *UCLA L. Rev.*, XLIX, 2002, p. 991.

[25] Cfr. Direttiva 2014/104/UE, cit., artt. 5 ss., 9 e 10.

## EREDITÀ: LA NUOVA SOSPENSIONE

# Articolo 463 bis c.c.: gli aspetti pratici della nuova sospensione dalla eredità

di Elena Briganti

del 3 aprile 2019

### Sommario

1. Introduzione alla successione ereditaria. Lo stato di giacenza e il ruolo del curatore dell'eredità giacente
2. Articolo 463bis c.c., natura giuridica e riflessi pratici dell'istituto. La necessità di coordinazione tra diverse giurisdizioni

### 1. Introduzione alla successione ereditaria. Lo stato di giacenza e il ruolo del curatore dell'eredità giacente

Con l'istituto introdotto dall'art. 5 della Legge n. 4/2018, rubricato "sospensione dalla eredità", il legislatore ha aggiunto un fondamentale elemento di raccordo tra giurisdizioni nel campo delle c.d. "indegnità" a succedere.

Appare quindi utile, prima di analizzare le ricadute pratiche della nuova previsione, inquadrare la fattispecie nel più ampio contesto e meccanismo della successione *mortis causa*.

Ad ogni decesso, si ha l'estinzione dei rapporti personalissimi facenti capo al *de cuius*, ossia quelli strettamente inerenti alla persona (ad esempio diritto al nome, alla libertà, all'integrità personale etc.) e dei rapporti familiari (come, ad esempio, la potestà genitoriale o il matrimonio). Diversamente, per ciò che attiene ai rapporti patrimoniali, si apre un procedimento complesso volto a far suben-

trare determinati soggetti nella titolarità di uno o più diritti o rapporti giuridici[1].

Questo meccanismo può operare sulla base di indicazioni contenute in un testamento o mediante un meccanismo successorio operante *ex lege*, la c.d. "successione legittima". Ancora ed in parallelo, la successione può distinguersi tra successione a titolo universale e a titolo particolare[2].

Senza soffermarci sulle peculiarità di ciascun modello, è sufficiente accennare che il momento iniziale è da ravvisarsi, in ogni caso, nella apertura della successione ex art. 456 c.c., al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto.

È da questo momento che, qualora vi sia una pluralità di eredi chiamati tutti a titolo universale che accettino la chiamata all'eredità, si instaurerà tra di essi una comunione ereditaria[3] che dovrà essere sciolta mediante la divisione di cui all'art. 784 ss c.p.c.

[1] La cosiddetta "eredità" che, come detto, consta nel complesso dei rapporti patrimoniali trasmissibili, attivi e passivi del *de cuius*, esistenti al momento della sua morte. In base a ciò che è disposto dal legislatore agli artt. 587 e 588 c.c., tra le situazioni giuridiche patrimoniali che vengono devolute a terzi possiamo citare: i rapporti patrimoniali personali, salvi quelli c.d. "*intuitu personae*" (essi implicano, difatti, un legame inscindibile rispetto alla persona che ne è titolare come, ad esempio, il diritto agli alimenti); i rapporti patrimoniali di natura reale (e contemporaneamente la legittimazione attiva rispetto alle azioni poste a loro tutela) e, ancora, i contratti in corso di esecuzione, salvo che la tipologia e natura del contratto non renda impossibile la devoluzione della posizione giuridica del defunto in capo all'erede.

[2] Una delle principali differenze tra queste ultime tipologie di successione, è da ravvisare nel fatto che solo l'erede (non il successore a titolo particolare o legatario) subentra in tutti i rapporti patrimoniali trasmissibili, compresi, quindi, anche gli eventuali debiti e solo egli è legittimato nei procedimenti che aveva instaurato in vita il *de cuius*. Questa fondamentale differenza si riflette direttamente sull'istituto dell'accettazione dell'eredità, istituto previsto come regola per la sola eredità. Al contrario il legato, poiché sostanzialmente solo attribuzione patrimoniale e, quindi, lascito migliorativo della posizione giuridica del ricevente, viene acquisito anche senza accettazione, salva facoltà di rinuncia.

[3] Tale è la situazione di contitolarità del patrimonio ereditario che si instaura tra gli eredi che abbiano accettato l'eredità. Trattasi di una tipologia di comunione ordinaria, da disciplinarsi ai sensi degli artt. 1100 ss c.c., ma con la fondamentale differenza che la contitolarità non ha ad oggetto solamente i diritti di proprietà, ma ogni diritto facente parte dell'asse ereditario.

La divisione, ovvero l'atto mediante il quale i coeredi pongono fine alla comunione ereditaria, può essere di varie tipologie: testamentaria e fatta direttamente dal *de cuius*; consensuale con l'accordo di tutti i comproprietari su base contrattuale; consensuale ma, in un'ottica più garantista, con l'intervento di un notaio che si occuperà delle operazioni di divisione e, infine, giudiziale, un procedimento caratterizzato da un *litisconsorzio* necessario poiché va proposto nei confronti di tutti i comproprietari.

Ad ogni modo, quale che sia il tipo di divisione operante, si giungerà allo scioglimento della comunione ereditaria e, quindi, alla chiusura della successione.

Vi sono casi però, nei quali l'*iter* appena descritto è caratterizzato da un livello di complessità maggiore.

Ad esempio, può succedere che i chiamati accettino l'eredità con beneficio di inventario. Quest'ultima è una facoltà<sup>[4]</sup> di carattere personale che permette all'erede di non confondere il proprio patrimonio con quello del defunto, con la conseguenza che, nelle more di una verifica circa la convenienza di una eventuale accettazione, non sarà tenuto al pagamento dei debiti del *de cuius*.

Ancora, potrebbe succedere che i chiamati a succedere che non siano in possesso dei beni ereditari, non provvedano ad accettare l'eredità o che tutti i chiamati rinuncino alla stessa.

In questi casi, su istanza di chi ne sia interessato, ad esempio di eventuali creditori intenzionati a soddisfarsi sul lascito, verrà nominato dal Giudice della successione un curatore dell'eredità che si trovi nello stato di giacenza.

La giacenza<sup>[5]</sup>, come accennato sopra, concerne, quindi, nella pendenza della delazione, ovvero nella situazione di incertezza circa la destinazione del patrimonio ereditario che può perdurare fino a dieci anni, poiché tale è il termine per assumere una scelta definitiva<sup>[6]</sup>.

I presupposti a fondamento della giacenza si ravvisano, pertanto, nella mancanza di una accettazione da parte dei chiamati, nel mancato possesso dei beni ereditari da parte degli stessi<sup>[7]</sup> e, infine, nella nomina di un curatore dell'eredità giacente. Quest'ultimo è proprio l'atto che determina lo stato di giacenza.

La nomina del curatore determina, per i chiamati a succedere, la perdita dei poteri di cui all'**art. 460 c.c.**<sup>[8]</sup>.

Il curatore dell'eredità giacente assume il proprio ufficio di diritto privato dal momento in cui presta il giuramento dinanzi al Giudice delle successioni del Tribunale del circondario in cui è avvenuto il decesso.

Da questo momento egli si pone quale ausiliario del Giudice stesso, con obblighi molteplici: preliminarmente sarà tenuto a redigere l'inventario del patrimonio ereditario e, unitamente, dovrà svolgere tutti gli atti ritenuti urgenti. Egli, inoltre, assume la legittimazione processuale in nome e per conto dell'eredità e amministra il patrimonio per tutta la durata della giacenza.

La curatela cessa in caso di abbandono dell'ufficio da parte del curatore, nel caso di accettazione dell'eredità, nel caso di accertato esaurimento dell'attivo ereditario e, infine, nel caso di accertamento della mancanza di chiamati all'eredità.

## **2. Art. 463bis c.c., natura giuridica e riflessi pratici dell'istituto. La necessità di coordinazione tra diverse giurisdizioni**

Giungendo al punto nevralgico della questione, nel 2018 è stata introdotta, nel codice civile, una nuova previsione all'**art. 463 bis c.c.**

Con questa novità il legislatore ha ritenuto necessario arricchire la normativa riguardante le indegnità a succedere con una norma di raccordo, una norma avente lo sco-

<sup>[4]</sup> Da esercitare mediante dichiarazione scritta, *ad substantiam*, che dovrà essere ricevuta da un notaio o dal Cancelliere del Tribunale territorialmente competente e, in seguito, inserita nel registro delle successioni e trascritta. Vi sono alcuni casi in cui la legge prevede che l'accettazione con beneficio d'inventario sia obbligatoria e non una facoltà. Questa imposizione ha lo scopo di tutelare i soggetti giuridicamente più deboli di cui agli artt. 471, 472 e 473 c.c., ovvero i minori e i minori emancipati, gli interdetti, gli inabilitati, le persone giuridiche, le fondazioni, le associazioni e anche gli enti non riconosciuti. Tale scelta è obbligatoria ma non automatica: per i minori e gli interdetti dovranno compiere la dichiarazione i genitori o i tutori dopo aver ottenuto il consenso del giudice tutelare; per gli inabilitati e i minori emancipati, ai quali la legge riconosce una limitata capacità di agire, è sufficiente il consenso dei curatori e del giudice tutelare, potendo loro stessi prestare la dichiarazione.

<sup>[5]</sup> Tale stato va differenziato rispetto alla c.d. "vacanza" dell'eredità. Quest'ultima potrà essere definita tale solo una volta accertata l'assenza di successibili, momento dal quale l'eredità potrà essere destinata allo Stato.

<sup>[6]</sup> Ciò nel caso in cui i chiamati non si trovino nel possesso dei beni ereditari. In quest'ultimo caso, infatti, il soggetto dovrà assumere una decisione entro 40 giorni dalla redazione dell'inventario dei beni di cui ha il possesso (adempimento questo da farsi entro tre mesi dall'apertura della successione).

<sup>[7]</sup> Secondo la giurisprudenza maggioritaria il "possesso" a cui fa riferimento l'**art. 528 c.c.** non richiede il c.d. *animus possidendi*, essendo sufficiente il possesso del bene a qualsiasi titolo e, quindi, anche la mera detenzione di fatto.

<sup>[8]</sup> Posto che, nella maggior parte dei casi, è proprio l'inerzia degli stessi che va a innescare l'istanza per la nomina del curatore stesso.

po di regolare una fase intermedia nella quale le sorti del lascito sono indefinite.

L'articolo è rubricato, appunto, "sospensione dalla successione".

Ivi si stabilisce che: *"Sono sospesi dalla successione il coniuge, anche legalmente separato, nonché la parte dell'unione civile indagati per l'omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile, fino al decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento. In tal caso si fa luogo alla nomina di un curatore ai sensi dell'art. 528 c.c. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., il responsabile è escluso dalla successione ai sensi dell'art. 463 del presente codice.*

*Le disposizioni di cui al primo comma si applicano anche nei casi di persona indagata per l'omicidio volontario o tentato nei confronti di uno o entrambi i genitori, del fratello o della sorella.*

*Il pubblico ministero, compatibilmente con le esigenze di segretezza delle indagini, comunica senza ritardo alla cancelleria del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione l'avvenuta iscrizione nel registro delle notizie di reato, ai fini della sospensione di cui al presente articolo».*

Per ciò che riguarda le c.d. indegnità a succedere, è opportuno segnalare, senza entrare nel merito, che vi è un acceso dibattito circa la natura di questo istituto, disciplinato all'art. 463 c.c.

Per alcuni, l'indegnità è da considerarsi alla stregua di una vera e propria sanzione civile per il successibile che si sia reso autore di condotte riprovevoli. Trattasi, in questa ottica, di una ipotesi di rimozione dalla successione, operante successivamente, dalla relativa pronuncia giudiziale e non una ipotesi automatica di incapacità a succedere al pari della diseredazione<sup>[9]</sup>.

Secondo un differente e contrario orientamento, l'indegnità costituirebbe una ipotesi vera e propria di incapacità a succedere, con la conseguenza che, nei confronti dell'indegno, non si aprirebbe mai una successione legittima<sup>[10]</sup>.

Da una lettura del nuovo art. 463 bis c.c., sembrerebbe avallata la seconda di queste tesi poiché, a seguito di una sentenza di condanna o di patteggiamento, il responsabile "è escluso dalla successione ai sensi dell'art. 463 c.c.". Oltre alla sentenza di nell'ambito del giudizio penale, difatti, non è richiesta alcuna pronuncia *ah hoc* circa l'accertamento della qualità di indegno e, quindi, circa l'esclusione dalla successione ereditaria.

Parimenti e a conferma di ciò, l'art. 537 c.p.p., introdotto sempre con la riforma su menzionata del 2018, stabilisce che *"quando pronuncia sentenza di condanna per uno dei fatti previsti dall'art. 463 del codice civile, il giudice dichiara l'indegnità dell'imputato a succedere"*.

Posto ciò, appaiono ancora più chiari il ruolo e la *ratio legis* del nuovo istituto della sospensione dalla successione. Tale norma va a raccordare e coordinare due momenti temporalmente distanziati tra loro, nonché due giurisdizioni differenti.

Essa, primo su tutti, ha lo scopo di impedire che i soggetti indagati per i gravi fatti di cui sopra, perpetrati ai danni di persone a cui sono legati da stretti vincoli di parentela, possano, nelle more di un processo a loro carico, compiere atti di gestione relativi al patrimonio ereditario.

Sostanzialmente il legislatore ha, quindi, voluto sospendere, "congelare", la delazione dell'eredità a soggetti che si trovino in tali condizioni<sup>[11]</sup>.

Ciò permette la coordinazione tra il procedimento penale e lo sviluppo della successione ereditaria sulla quale ha competenza a statuire il diverso Giudice delle successioni, coordinazione che ha origine dall'onere posto, dal nuovo articolo 463 bis c.c., in capo al Pubblico Ministero di comunicare, alla cancelleria civile competente, l'avvenuta iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Dal punto di vista pratico, intervenuta la sospensione, il Giudice delle successioni del Tribunale del circondario in cui si è aperta la successione provvederà a nominare il curatore ai sensi dell'art. 528 c.c.<sup>[12]</sup>.

In conclusione, questa nuova previsione all'interno del

[9] Così anche, L. FERRI, *Successioni in generale*, artt. 456-511, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, 1980, p. 166.

[10] La successione testamentaria, invece, ben sarebbe possibile posto che il testatore potrebbe scegliere di riabilitare sia espressamente che tacitamente l'indegno.

[11] Nel merito, il legislatore ha ritenuto di reagire, sulla scia del fenomeno del c.d. "femminicidio", inserendo una sanzione civilistica di matrice pubblica di carattere preventivo, operando una presunzione di temporanea indegnità a succedere.

[12] La nuova previsione, è opportuno sottolineare, pare abbia implicitamente riconosciuto la legittimità della giacenza dell'eredità pro-quota, da sempre argomento dibattuto in dottrina e giurisprudenza. La dottrina maggioritaria ha più volte ribadito la fattibilità di una giacenza pro-quota, ritenendo che, nel caso in esame, qualora vi sia una pluralità di eredi, il curatore nominato dovrebbe occuparsi soltanto dell'amministrazione dei soli beni destinati al/ai soggetti indagati. Oltre a ciò, in questo caso peculiare, ai fini della giacenza, l'opinione maggioritaria ritiene che non sia necessario il rispetto del requisito del mancato possesso dei beni ereditari da parte del chiamato.

Codice Civile e, contemporaneamente il novello [art. 537 inserito nel Codice di Procedura Penale](#), segnano un punto di svolta rispetto al passato.

Difatti, superata la fase di sospensione ed accertata la responsabilità dell'imputato con sentenza di condanna, la pronuncia nata in sede penale, nei fatti, potrà essere qua-

lificata come sentenza dichiarativa di effetti anche civili[13].

Con questa "sinergia" tra giurisdizioni dall'inizio delle indagini sino alla conclusione del processo, ad oggi, pare possibile una deroga al principio sancito all'[art. 651 c.p.p.](#) sull'autonomia e separazione dei giudizi civile e penale.

---

[13] Dichiarativa ma non costitutiva, posto che gli effetti si sono già prodotti *ope legis* in capo al reo.

## L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: COME CAMBIA

# È possibile estendere l'esdebitazione alle procedure di amministrazione straordinaria? Una recente pronuncia tra passato e futuro della disciplina fallimentare

di **Mattia Polizzi**

del: 4 aprile 2019

### Sommario

1. Introduzione: il caso
2. L'iter argomentativo
3. Spunti di riflessione in tema di esdebitazione. Generalità introduttive
4. (segue) Nozione, effetti ed ambito operativo
5. (segue) I requisiti
6. (segue) Il procedimento
7. Osservazioni sulla nuova disciplina del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

### 1. Introduzione: il caso

Il recente decreto 12 febbraio 2019 reso dalla Sezione fallimentare del Tribunale di Torino si impone all'interesse dell'operatore non solo per l'assenza di precedenti pronunce pretorie sul tema dell'applicabilità dell'esdebitazione al soggetto sottoposto alla procedura di amministrazione straordinaria; ma anche per l'attento iter argomentativo e la sensibilità sistematica che ha portato il giudice ad esprimersi in senso favorevole alla estensione dell'ambito operativo dell'istituto.

Nel corso di una procedura di amministrazione straordinaria viene proposta istanza per la ammissione al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori non soddisfatti. La Sezione fallimentare lo concede, dichiarando la non esigibilità nei confronti della parte dei debiti concorsuali non integralmente soddisfatti, dopo aver rilevato che nel caso di specie sussistevano tutti i presupposti richiesti dagli artt. 142 ss. l. fall. per accordare l'esdebitazione: l'istanza è stata presentata prima della dichiarazione di chiusura della procedura; il parere del Commissario Straordinario, depositato in uno alla valutazione del Comitato di Sorveglianza, è risultato non ostativo; l'istante ha cooperato con gli organi della procedura, in quanto ha fornito le informazioni e le documentazioni utili per l'accertamento del passivo, non ha provocato ritardi nello svolgimento del procedimento e non ha distratto l'atti-

vo della procedura né esposto passività inesistenti; il medesimo istante non ha beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta; inoltre non risultano sentenze penali di condanna passate in giudicato nei suoi confronti, in ragione della intervenuta declaratoria di estinzione di un reato precedentemente oggetto di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p.

A prescindere dalle evenienze del caso concreto, il vero punto focale della decisione è, come anticipato, la affermata compatibilità dell'istituto dell'esdebitazione con il sistema delle procedure di amministrazione straordinaria: la soluzione favorevole, invero non scontata, è frutto di argomentazioni di varia natura e di una visione ben definita del sistema fallimentare.

### 2. L'iter argomentativo

Il percorso decisorio del tribunale parte da una constatazione di base: il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (recante, come noto, la “nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274”) non contiene una regolamentazione dell'istituto dell'esdebitazione; né presenta una norma di richiamo alle disposizioni contenute nella legge fallimentare.

Da ciò deriva una evidente lacuna nell'ordinamento che conduce, nell'opinione del giudice, ad una disparità di

trattamento: difatti, la persona fisica potrebbe beneficiare degli effetti favorevoli dell'esdebitazione solo nel caso in cui sia assoggettata ad una procedura fallimentare. Una disparità, questa, in contrasto con la ratio sottesa alla procedura dell'amministrazione straordinaria, posto che ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 270/1999 detta procedura è stata predisposta dal legislatore per rispondere a "finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali". L'irragionevolezza del trattamento emergerebbe altresì dalla circostanza per cui sono sottoponibili ad amministrazione straordinaria i soggetti che già dispongano dei requisiti soggettivi propri del fallimento, così da rendere possibile, anche in via officiosa, il passaggio dall'una all'altra procedura. Gli ammessi all'amministrazione straordinaria, difatti, potrebbero ben essere dichiarati falliti qualora risultino mancanti i requisiti richiesti per l'ammissione all'amministrazione straordinaria (art. 11, comma 2, d.lgs. 270/1999) ovvero qualora non sussistano prospettive concrete per il recupero dell'equilibrio economico dell'attività di impresa (arg. ex artt. 27, comma 1, e 30, comma 1, d.lgs. 270/1999) ovvero ancora qualora l'amministrazione straordinaria non possa essere "utilmente proseguita" (art. 69, comma 1, d.lgs. 270/1999). Sicché è consentito concludere che la lacuna normativa non costituisca espressione del principio *ubi lex voluit dixit*, ma si sostanzia in una vera e propria lacuna tecnica, in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza-ragionevolezza in forza del quale, come noto, situazioni analoghe devono essere sottoposte ad un analogo trattamento normativo.

A sostegno della propria tesi il Tribunale torinese valorizza, oltre che il piano dello stretto diritto positivo (e la disparità di trattamento ad esso conseguente), anche una argomentazione di carattere teleologico. Difatti, nell'opinione dei giudici, qualora la possibilità di usufruire dell'esdebitazione non fosse ammissibile per le procedure di amministrazione straordinarie, la persona fisica insolvente si troverebbe nella situazione di preferire il ricorso alla procedura fallimentare, potendo solo in tale ambito concorsuale beneficiare del *fresh start*.

Infine, in un'ottica sistematica, il giudice rileva come l'ordinamento vigente sia caratterizzato da un favor esdebitatorio, frutto di una concezione moderna del fallimento, da intendersi non più come momento sanzionatorio, ma - almeno per quanto riguarda le evenienze non criminose - come strumento di riequilibrio e, ove possibile, di rinascita dell'attività imprenditoriale. Diversi gli indici da cui trarre tale conclusio-

ne. Si pensi al disposto di cui all'art. 14 terdecies l. 27 gennaio 2012, n. 3 che ha introdotto l'istituto dell'esdebitazione anche nell'ambito della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento. Ancora, una spinta in tal senso proviene dalle istituzioni europolitane. Viene presa in considerazione, in particolare, la Raccomandazione della Commissione europea 2014/135/UE del 12 marzo 2014 che, partendo dalla considerazione per cui "gli effetti del fallimento, in particolare la stigmatizzazione sociale, le conseguenze giuridiche e l'incapacità di far fronte ai propri debiti sono un forte deterrente per gli imprenditori che intendono avviare un'attività o ottenere una seconda opportunità, anche se è dimostrato che gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di avere successo la seconda volta", afferma chiaramente l'opportunità che gli Stati membri si adoperino "per ridurre gli effetti negativi del fallimento sugli imprenditori, prevedendo la completa liberazione dai debiti dopo un lasso di tempo massimo" (così il considerando n. 20). La pronuncia, emessa *ratione temporis* sotto il vigore della legge fallimentare di cui al r.d. 16 marzo 267, n. 267, non manca tuttavia di operare un richiamo alla legge 19 ottobre 2017, n. 155 di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza che, all'art. 8, dispone una revisione della materia incentrata su tre principi tesi ad implementare il ricorso alla esdebitazione: la possibilità di richiedere l'applicazione dell'istituto entro tre anni dall'apertura della procedura; l'introduzione, per le insolvenze minori, di forme di esdebitazione c.d. di diritto; l'estensione del beneficio anche alle formazioni societarie (e non solo alla persona fisica). Indicazioni che, come sarà possibile osservare *infra* sono state recepite nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (pubblicato nella G.U. n. 38 del 14 febbraio 2019).

Le tre argomentazioni richiamate consentono, pertanto, al Tribunale fallimentare di Torino di concedere il beneficio esdebitatorio al ricorrente, affermando la possibilità di applicare in via analogica gli artt. 142 ss. l. fall. alla procedura di amministrazione straordinaria.

### 3. Spunti di riflessione in tema di esdebitazione.

#### Generalità introduttive

La pronuncia in nota consente di spendere alcune parole in merito all'istituto dell'esdebitazione, che ha conosciuto nel corso degli anni una notevole espansione della propria latitudine applicativa ed un sempre crescente utilizzo nella realtà operativa<sup>[1]</sup>; peraltro, pare opportuno muovere dalla disamina dell'esdebitazione così come risultan-

[1] Numerosi ed autorevoli i contributi sul tema. Per una prima indicazione bibliografica si v., senza pretesa di esaustività alcuna, Aa. Vv., Diritto fallimentare. Manuale breve, Giuffrè, Milano, 2008, 205 ss.; Ambrosini S., L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità, in Fallimento, 2009,

te dalla legge fallimentare - in quanto è questo il contesto normativo nel quale ha operato il decreto del Tribunale - senza però perdere l'occasione di formulare alcuni rilievi conclusivi in merito alla "nuova" disciplina di cui al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di prossima vigenza (d'ora in avanti, per comodità espositiva: c.c.i.). L'istituto de quo è stato introdotto ad opera dell'art. 128 d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (recante la "riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80") e trova la propria disciplina di riferimento negli artt. 142 ss. l. fall.: in particolare l'art. 142 l. fall. disciplina i requisiti necessari per accedere al beneficio; l'art. 143 l. fall. tratta del relativo procedimento; l'art. 144 l. fall. estende l'operatività dell'esdebitazione ai "creditori anteriori alla apertura della procedura di liquidazione che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo" (creditori non concorsuali), seppur nel limite della parte di credito eccedente la percentuale attribuita ai creditori concorsuali di pari grado. A norma dell'art. 142, comma 1, l. fall. l'esdebitazione consiste nel beneficio, concesso alla sola persona fisica, della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti, purché sussistano determinate condizioni. Come autorevolmente affermato in dottrina, tale meccanismo non era ignoto all'impianto originario della disciplina fallimentare: sia il concordato fallimentare sia il concordato preventivo, difatti, presentano tra i propri effetti quello della esdebitazione rispetto ai creditori anteriori, rispettivamente all'apertura del fallimento ovvero a quella della procedura concordataria (cfr. artt. 135, comma 1, e 184, comma 1, l. fall.). Tuttavia, se queste tipologie di liberazione dai debiti costituiscono un aspetto di istituti di natura pattizia (e dell'accordo, lato sensu inteso, ai medesimi sotteso), l'esdebitazione ex artt. 142 ss. l. fall. rappresenta invece "un effetto [...] accessorio ed eventuale

della chiusura della procedura liquidativa"[2].

L'istituto, che trova la propria origine nella discharge di derivazione anglosassone[3], risponde alla ratio del c.d. fresh start del fallito, al quale si reputa debba essere consentito di riprendere ad operare nel contesto economico, privo del fardello dei debiti precedenti, qualora abbia "lasciato il proprio attuale patrimonio ai creditori e non abbia compiuto atti di frode"[4]. Una considerazione, questa, che ha assunto una rinnovata vis alla luce della crisi economica degli ultimi anni: l'osservazione della realtà macro e micro economica, difatti, ha evidenziato la fallacità della mera distinzione tra debitori solventi e debitori insolventi, in quanto la solvibilità è, in molti casi, non una questione di semplice volontà dell'obbligato, ma "è legata a fattori esterni alla sfera di controllo del debitore che opera in un settore del mercato in crisi, che si trova ad essere creditore di debitori operanti a loro volta in settori del mercato in crisi, che ha investito in settori del mercato imprevedibilmente caduti in default"[5]. In altri termini, l'istituto ben può essere qualificato come uno tra gli indici del mutato angolo visuale sotto il quale opera il fallimento, non più visto come strumento di mera punizione, ma - almeno con riferimento alle ipotesi non fraudolente - come ausilio per un auspicabile ritorno alla normalità operativa o, quantomeno, per (un tentativo di) riequilibrare la realtà economica perturbata dalla crisi dell'imprenditore, senza stigmatizzazioni in danno del fallito. Indicazioni, queste, che provengono anche dalla realtà sovranazionale. Oltre alla già menzionata Raccomandazione della Commissione UE, è possibile altresì ricordare che la Corte di Strasburgo ha in diverse occasioni sanzionato l'Italia non solo con riferimento alla durata eccessiva delle procedure fallimentari, ma anche in ragione della violazione di altri diritti fondamentali conseguente ai risvolti afflittivi per il fallito contenuti in diverse disposizioni nostrane[6].

Il, 129 ss.; Castagnola A., L'esdebitazione del fallito, in *Giur. comm.*, 2006, I, 448 ss.; Ficarella G., L'esdebitazione, in *Trisorio Liuzzi G.* (a cura di), *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2011, 297 ss.; Guglielmucci L., *Diritto fallimentare* (a cura di Padovini F.), Giappichelli, Torino, 2017, 294 ss.; Jorio A., voce *Fallimento* (diritto privato e processuale), in *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, 387 ss.; Landini S., voce *Esdebitazione*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Giuffrè, Milano, 2014, 429 ss.; Letizia D., Vassalli F., L'esdebitazione, in *Aa. Vv.*, *Gli effetti del fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, 791 ss.; Nigro A., Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2017, 275 ss.; Presti G., Rescigno M., *Corso di diritto commerciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2009, 307 ss.; Sciuto M., *La chiusura del fallimento e l'esdebitazione*, in *Cian M.* (a cura di), *Diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2018, 130 ss.

[2] Nigro A., Vattermoli D., op. cit., 275.

[3] Per un'analisi dei profili storici-comparatistici della discharge e, più in generale, degli strumenti ad esso affini, si v. in particolare Letizia D., Vassalli F., op. cit., 791 ss. V. altresì Nigro A., Vattermoli D., op. cit., 275-276.

[4] Jorio A., op. cit., 388.

[5] Landini S., op. cit., 430.

[6] Cfr., a titolo di esempio, *CoEdu*, Sez. III, *Bassani c. Italia*, 11 dicembre 2003, ric. 47778/99; *CoEdu*, Sez. III, *Peroni c. Italia*, 6 novembre 2003, ric. 44521/98; *CoEdu*, Sez. I, *Luordo c. Italia*, 17 luglio 2003, ric. 32190/96; *CoEdu*, Sez. I, *Bottaro c. Italia*, 17 luglio 2003, ric. 56298/00. Tutte le pronunce citate sono liberamente



Il legislatore pare non essere stato sordo a tali moniti, tanto da aver esteso - con l'introduzione nella l. 3/2012 dell'art. 14 terdecies ad opera dell'art. 18, comma 1, lett. s), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 - l'esdebitazione anche alle procedure di sovraindebitamento del debitore civile nonché - con l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa - alle società, con un intervento auspicato anche da parte della dottrina<sup>[7]</sup>.

#### 4. (segue) Nozione, effetti ed ambito operativo

Venendo ora ai principali profili di interesse degli artt. 142 ss. l. fall. è possibile osservare in primo luogo che, come accennato supra, il primo allinea dell'art. 143 l. fall. dispone che a seguito del decreto di esdebitazione i residui debiti concorsuali non soddisfatti integralmente diventano "inesigibili" nei confronti del debitore. Ciò significa, pertanto, che tali obbligazioni non vanno incontro ad estinzione, ma ad un quid differente. La dottrina maggioritaria reputa che tale inesigibilità consista in una sorta di trasformazione dell'obbligazione giuridica in una obbligazione naturale (o morale), con conseguente applicazione dell'art. 2034 c.c.<sup>[8]</sup>: dunque, qualora l'ex fallito si determini nel senso di pagare il debito oggetto di esdebitazione (ad esempio per recuperare la propria reputazione commerciale o per ri-presentarsi al mercato con una positiva immagine di "buon debitore") non potrà poi ripetere quanto versato, stante l'operatività del meccanismo di soluti retentio di cui alla citata disposizione codicistica.

Come è stato possibile più volte affermare, l'esdebitazione è foriera di indubbi vantaggi per il fallito, tanto da potersi parlare di un vero e proprio beneficio. Si tratta, tuttavia, di una utilità sottoposta a diverse condizioni e limiti, accordata solo in seguito ad un "giudizio positivo di meritevolezza"<sup>[9]</sup> rimesso al giudice del caso concreto. Prima di esaminarle, pare opportuno soffermarsi su di un tema sinora solo adombrato, ossia quello del (non da tutti condiviso) ambito di operatività dell'istituto in parola. A norma del primo comma dell'art. 142 l. fall., difatti, afferma che l'ammissione al beneficio sia consentita al "fal-

lito persona fisica", ivi compresi i soci illimitatamente responsabili falliti in estensione.

Come è stato autorevolmente affermato, la limitazione in parola rappresenta un indice di una sorta di atteggiamento prudenziale mostrato dal legislatore, in quanto non è possibile non ricordare che il meccanismo in esame costituisce una vistosa deroga al principio generalissimo per cui *pacta sunt servanda*<sup>[10]</sup>. Un atteggiamento che, pur in astratto condivisibile, ha portato ad escludere dall'ambito di applicazione de quo non solo le vicende estranee al fallimento, ma anche - all'interno dell'habitat operativo di tale procedura - una pleora decisamente ampia di soggetti, come l'insolvente civile (almeno prima dell'introduzione dell'art. 14 terdecies l. 3/2012), nonché i debitori non fallibili (imprenditori agricoli e piccoli imprenditori), con tutto ciò che ne consegue in termini di dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina in parola. Dubbi che, come sarà possibile osservare, appaiono meno pressanti alla luce della recente riforma del sistema regolatorio delle crisi.

#### 5. (segue) I requisiti

Venendo ora ai requisiti necessari per godere del beneficio dell'esdebitazione, questi possono essere distinti in oggettivi e soggettivi.

Per quanto attiene questi ultimi, oltre alla citata natura di persona fisica dell'istante, vengono in rilievo una condizione positiva e diverse condizioni negative. Quanto alla prima, ai sensi dell'art. 142, comma 1, n. 1), l. fall., è necessario che il fallito abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni ed i documenti utili per l'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni concorsuali. La norma è stata interpretata come presidio teso a "scongiurare - come si legge nella Relazione illustrativa - «distorsioni nei comportamenti del debitore insolvente»"<sup>[11]</sup>.

Le condizioni negative sono invece elencate dai successivi numeri della disposizione da ultimo citata. Il n. 2 dispone che il fallito non debba aver ritardato (o contribuito a ritardare) in alcun modo lo svolgimento della procedura. La dottrina ha chiarito che non ogni attività od omissione che

consultabili nel sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

[7] Cfr. Ambrosini S., op. cit., 130, che sottolineava i dubbi in merito alla compatibilità del previgente sistema con il principio di uguaglianza.

[8] Ex pluris Ambrosini S., op. cit., 132; Landini S., op. cit., 443 ss., la quale dà conto anche di una diversa opinione, invero minoritaria, secondo cui la condizione de debito oggetto di esdebitazione sarebbe da ricondurre alla figura del debito prescritto, con applicazione dell'art. 2940 c.c.

[9] Così Guglielmucci L., op. cit., 294.

[10] Cfr. Jorio A., op. cit., 387-388.

[11] Ambrosini S., op. cit., 131.

possa aver anche minimamente ostacolato la procedura integri un comportamento contrario alla norma: piuttosto, tale condotta deve essere ravvisata in “ogni comportamento antigiusuridico di ostacolo alla ragionevole durata della procedura, prescritta dagli art. 6 Cedu e 111 cost.”[12]. Il n. 3 afferma che osta alla concessione del beneficio la violazione ad opera del fallito della regola di cui all'art. 48 l. fall., avente ad oggetto - come noto - l'obbligo di consegnare la propria corrispondenza al Curatore fallimentare. Altra condizione per l'ammissione all'esdebitazione (prevista dal n. 4) è che il fallito non abbia beneficiato della misura nei dieci anni precedenti la nuova richiesta. In merito al dies a quo dal quale decorre il termine decennale sono state avanzate due tesi: la data di emissione del provvedimento ovvero il momento in cui lo stesso diviene definitivo. Il primo comma dell'art. 142 l. fall. prevede poi, al n. 5, che il fallito da un lato non deve aver distratto l'attivo o esposto passività inesistenti, così cagionando (o aggravando) la situazione di dissesto e rendendo di grave difficoltà “la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari” e dall'altro non deve aver fatto ricorso abusivo al credito. Infine, l'ultima condizione negativa prevista dalla norma consiste nel non essere stato condannato (con pronuncia passata in giudicato) per una serie di reati economici, salvi gli effetti di una eventuale riabilitazione.

L'operatività dell'esdebitazione trova, come accennato, limiti anche sul piano oggettivo. Il terzo comma dell'art. 142 l. fall. sancisce infatti che restano esclusi dall'ambito operativo dell'istituto gli obblighi di mantenimento, quelli alimentari e più in generale le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa[13], nonché i debiti per il risarcimento da fatto illecito extracontrattuale, oltre che le sanzioni pecuniarie penali ed amministrative che non siano accessorie a debiti estinti. L'esdebitazione copre invece, come disposto dal già richiamato art. 144 l. fall., i debiti non concorsuali, sebbene per la sola parte eccedente la “percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado”.

Il secondo comma dell'art. 142 l. fall. pone una sorta di pre-condizione ostativa alla concessione dell'esdebitazio-

ne: questa non può essere accordata “qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali”. La norma ha prestato il fianco a diverse critiche, in ragione della propria formulazione non cristallina: ci si chiede, tra l'altro, se essa debba essere intesa nel senso che tutti i creditori debbano essere (almeno in parte) soddisfatti ovvero nel senso che almeno una delle compagini creditorie debba trovare (piena) soddisfazione. Di rilievo appare al riguardo una recente sentenza della Cassazione, resa a Sezioni Unite, con la quale la Corte, nel dichiarato intento di estendere il più possibile il campo di applicazione dell'istituto, ne ha affermato che l'operatività anche qualora al termine della procedura sia stata pagata, pur se parzialmente, una sola parte dei creditori; ciò, tuttavia, a condizione che la concessione del beneficio non risulti irragionevole in base ad una valutazione rimessa al giudice di merito e che tenga conto di tutte le circostanze rilevanti del caso concreto[14].

## 6. (segue) Il procedimento

Per ciò che attiene ai profili più spiccatamente procedurali, l'art 143 l. fall. prevede che la esdebitazione venga concessa dal tribunale “con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo”. La congiunzione “o” porterebbe a concludere del senso della possibilità di una concessione d'ufficio del beneficio, ma la dottrina reputa che sia sempre necessaria una apposita richiesta da parte del fallito, la quale potrà essere presentata contemporaneamente all'istanza di chiusura del fallimento di cui all'art. 119 l. fall. ovvero in un secondo momento, ma entro il termine di un anno dalla chiusura della procedura[15]. Peraltro, a norma dell'art. 118, comma 2, l. fall. (così come modificato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132), qualora a seguito della conclusione dei giudizi proseguiti dopo la chiusura del fallimento si siano verificati dei riparti supplementari idonei ad integrare il presupposto di cui all'art. 142, comma 2, l. fall., il debitore potrà richiedere l'esdebitazione entro l'anno successivo al riparto che ha determinato il sorgere del presupposto medesimo.

[12] Landini S., op. cit., 439. Per conclusioni analoghe in giurisprudenza si v. Cass. Civ., Sez. I, 23 maggio 2011, n. 11279, in DeJure.

[13] L'espressione “obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa” è stata introdotta dall'art. 10, comma 1, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 ed ha sostituito la precedente che faceva riferimento alle “obbligazioni derivanti da rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 46”. La modifica è stata salutata con favore da parte della dottrina: v. Ambrosini S., op. cit., 131.

[14] Così Cass. Civ., Sez. Un., 18 novembre 2011, n. 24214, in DeJure. Più di recente si v. altresì Cass. Civ., Sez. I, 1° settembre 2015, n. 17386, in ilFallimentarista.it, 25 gennaio 2016, con nota di Guidotti R., Esdebitazione del fallito: il requisito della soddisfazione dei creditori (e note sulle possibili modifiche); Cass. Civ., Sez. I, 14 giugno 2012, n. 9767, in DeJure.

[15] Nigro A., Vattermoli D., op. cit., 278 ss.; in senso contrario, ma al contempo dubitativo, Ambrosini S., op. cit., 132.

Il tribunale provvede sulla richiesta dopo aver verificato la sussistenza dei requisiti richiamati, con una valutazione ritenuta da parte della dottrina “largamente discrezionale”<sup>[16]</sup>. È obbligatorio (ma non vincolante) il parere del Curatore e del Comitato dei creditori: la dottrina reputa che, qualora esso non sia stato reso, sia necessario che il giudice vi supplisca con una indagine d’ufficio sul fascicolo del fallimento<sup>[17]</sup>.

In caso di accoglimento della richiesta si provvede alla già citata dichiarazione di inesigibilità. Come osservato in letteratura, l’art. 143 non contiene alcuna regola a tutela del diritto al contraddittorio dei creditori, nonostante questi siano destinati a subire gli effetti del meccanismo esdebitatorio. Sul punto è intervenuta la Consulta, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione in parola nella parte in cui non prevede la notificazione ai creditori non integralmente soddisfatti (da effettuarsi a cura del debitore ex artt. 137 ss. c.p.c.) del ricorso per l’esdebitazione e del decreto con cui il tribunale abbia fissato l’udienza in camera di consiglio. Il legislatore è intervenuto sul tema, con una aggiunta al primo comma dell’art. 143 l. fall. che ora dispone altresì che “il ricorso e il decreto del tribunale sono comunicati dal curatore ai creditori a mezzo di posta elettronica certificata”<sup>[18]</sup>. Contro il decreto che provvede sulla richiesta è possibile proporre reclamo ex art. 26 l. fall.: legittimati in tal senso sono il debitore, i creditori non integralmente soddisfatti, il P.M. e qualunque interessato. Osservazioni sulla nuova disciplina del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza

Sia consentita, in conclusione di questa disamina, una chiosa finale. Non può essere questa la sede per analizzare funditus le rilevanti e recentissime novità introdotte nel sistema dell’insolvenza e della crisi d’impresa dal d.lgs. 14/2019 in tema di esdebitazione. Tuttavia, pare opportuno muovere alcuni rilievi su tali innovazioni, che paiono essere dettate dall’intento (in linea con le raccomandazioni europee) di una decisa estensione dell’operatività del beneficio de quo.

La “nuova” disciplina, che entrerà in vigore - salvo quanto previsto per alcune specifiche disposizioni - decorsi diciotto mesi dalla data della pubblicazione in G.U. (cfr. artt. 389 ss. c.c.i.), tratta dell’istituto che qui ci interessa

agli artt. da 278 a 283, in parte ricognitivi del precedente dettato positivo ed in parte innovativi. Tali norme sono state inserite nel Capo X (del Titolo V, dedicato alla “liquidazione giudiziale”) a sua volta diviso in due Sezioni: la prima, avente ad oggetto “condizioni e procedimento della esdebitazione nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata”; la seconda che tratta del tema più specifico della “esdebitazione del sovraindebitato”. Per quanto riguarda le norme che ricalcano il modello precedente, può qui ricordarsi, a mero titolo esemplificativo, che sono stati confermati la definizione in termini di inesigibilità degli effetti dell’istituto<sup>[19]</sup>; la sua estensione ai crediti non concorsuali (e la relativa limitazione quantitativa); l’estensione, altresì, ai soci illimitatamente responsabili; i già richiamati limiti oggettivi.

Resta intatto anche l’impianto di massima in merito alle condizioni richieste per accedere al beneficio (contenuto nell’art. 280 c.c.i.), pur con alcune rilevanti novità. In primo luogo non risulta più espressamente prevista la condizione positiva della collaborazione con gli organi della procedura, che pure può ben essere considerata presupposto imprescindibile dell’esdebitazione da una semplice lettura del dato positivo (cfr., ad esempio, l’art. 280, comma 1, lett. c), c.c.i., a norma del quale il debitore deve fornire agli organi preposti “tutte le informazioni utili e i documenti necessari” per il buon andamento della procedura); è stato inoltre espunto il riferimento alla consegna della corrispondenza; infine l’art. 280, comma 1, lett. d) ed e), c.c.i. dispone che il beneficio non possa essere erogato nel caso in cui il richiedente ne abbia già usufruito nel termine di cinque anni precedenti la scadenza del termine per l’esdebitazione e, in ogni caso, qualora il lo abbia già ottenuto per due volte. Quanto alle principali differenze rispetto al passato viene in rilievo il disposto dell’art. 278 c.c.i., che da un lato estende la possibilità di richiedere il beneficio a tutte le categorie di debitori indicate dall’art. 1, comma 1, c.c.i. e dall’altro espressamente afferma la possibilità che a fruirne siano anche le società (o altri enti), purché le condizioni di cui all’art. 280 c.c.i. sussistano pure in capo ai soci illimitatamente responsabili ed ai legali rappresentanti (con riferimento agli ultimi tre anni anteriori alla domanda introduttiva di una procedura liquidatoria).

[16] Nigro A., Vattermoli D., op. cit., 278.

[17] Ambrosini S., op. cit., 132-133.

[18] Disposizione introdotta dall’art. 17, comma 1, lett. p), d.l. 179/2012.

[19] Pur con i necessari adattamenti terminologici. In particolare, ai sensi dell’art. 278, comma 1, c.c.i., l’esdebitazione “consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell’ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni”.

L'art. 279 c.c.i. disciplina invece le “condizioni temporali di accesso” prevedendo che il debitore ha diritto a conseguire il beneficio “decorsi tre anni dall'apertura della procedura di liquidazione o al momento della chiusura della procedura, se antecedente”.

Quanto al procedimento, l'art. 281 c.c.i. pone le seguenti principali novità: introduce espressamente un termine (di trenta giorni) per proporre reclamo avverso il decreto del tribunale; esplicita che “l'esdebitazione non ha effetti sui giudizi in corso e sulle operazioni liquidatorie, anche se posteriori alla chiusura della liquidazione giudiziale disposta a norma dell'articolo 234”; disciplina il caso in cui all'esito di tali giudizi e operazioni si abbia un maggior riparto in favore dei creditori, affermando che in tale evenienza il meccanismo esdebitatorio ha effetti “solo per la parte definitivamente non soddisfatta”.

Gli artt. 282 e 283 c.c.i. sono dedicate all'esdebitazione del sovraindebitamento, ossia quella situazione definita dall'art. 2, comma 1, lett. c), c.c.i. come “lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza”. Tale evenienza dà origine all'applicazione della procedura di liquidazione controllata del sovraindebitamento di cui agli artt. 268 ss. c.c.i. (che pare aver dunque sostituito la procedura di cui alla l. 3/2012): al riguardo è opportuno rilevare che gli artt. 282 e 283 c.c.i. introducono due istituti peculiari, ossia l'esdebitazione di diritto e l'esdebitazione del debitore incapiente, che potranno dunque operare solo con riferimento alle anzidette crisi d'impresa, caratterizzate da una (tendenziale) minor portata. La prima consiste in una esdebitazione ex lege ed automatica, che non richiede una pronuncia del giudice se non in seguito ad eventuali opposizioni. La seconda, invece, consente al “debitore persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura” di accedere comunque all'esdebitazione, senza automatismi e purché siano rispettate due condizioni: la possibilità è ammessa solo per una volta; è fatto

salvo l'obbligo di pagare il debito entro quattro anni dall'emissione del decreto qualora sopravvengano “utilità rilevanti consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento”.

A prescindere dalle - pur di notevole rilievo - innovazioni di specie, nell'economia del presente discorso pare opportuno soffermarsi su un dato di decisa importanza della recente novella. L'art. 1, comma 1, c.c.i., nell'ottica di una (per quanto possibile) unitaria disciplina delle crisi d'impresa afferma che “il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici”; il prosieguo dell'articolo, per converso, fa salve, tra le altre, le disposizioni contenute nelle leggi speciali in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese[20]. Si potrebbe allora presumere che, anche all'indomani dell'adozione del nuovo codice, l'istituto dell'esdebitazione non possa trovare applicazione al di fuori della liquidazione giudiziale o della liquidazione controllata. Un dato, tuttavia, appare di decisiva importanza: l'art. 1, comma 2, lett. a), c.c.i., dopo aver fatto salva la disciplina vigente in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese prevede che “se la crisi o l'insolvenza di dette imprese non sono disciplinate in via esclusiva, restano applicabili anche le procedure ordinarie regolate dal presente codice”. Considerato il tenore letterale di tale disposizione e l'affermazione, generalmente condivisa, per cui il nuovo codice abbia tra i propri criteri ispiratori quello di una differente visione delle crisi d'impresa nonché quello di provvedere ad una razionalizzazione del sistema ed ad una sua riconduzione ad unità (pur nel rispetto delle esigenze specifiche), pare potersi concordare con chi ritiene che il legislatore abbia previsto l'applicazione dei principi generali del codice ad ogni fattispecie di dissesto, purché compatibili con le discipline speciali[21]. Una soluzione, questa, che potrebbe interessare anche l'istituto oggetto della pronuncia del Tribunale di Torino, così consentendo un'applicazione più lata dello strumento esdebitatorio, in linea con il mutato quadro di riferimento in termini non solo tecnico-giuridici, ma anche socio-culturali.

[20] Al riguardo si v. l'art. 350 c.c.i., che si limita ad operare alcune modifiche al d.lgs. 270/1999 per armonizzarne la disciplina in termini di competenza territoriale.

[21] Si v. ad esempio la Relazione illustrativa redatta dall'Osservatorio sulle crisi di impresa in data 2 ottobre 2018, consultabile liberamente in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

## DANNI PUNITIVI: QUALI APPLICAZIONI?

# L'articolo 96, comma 3, c.p.c.: teoria, applicazione e prospettive de iure condendo

di Dario Bonetti

dell'8 aprile 2019

### Sommario

1. Premessa
2. I presupposti applicativi dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.
3. (Segue): Natura e funzione dell'istituto
4. (Segue): La quantificazione della condanna
5. Applicazioni della norma
6. Prospettive di riforma: una nuova configurazione del diritto di difesa?

### 1. Premessa

Come è noto, l'art. 45, comma 12, della l. 18.6.2009., n. 69, ha aggiunto all'art. 96 c.p.c. un comma terzo del seguente tenore: "In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

Tale intervento legislativo ha comportato una riscoperta dell'istituto della responsabilità processuale aggravata tradizionalmente prevista nel primo comma della disposizione<sup>[1]</sup>. Invero, la c.d. lite temeraria, presente nel codice di rito fin dalla sua promulgazione è a lungo rimasta ignorata dalle aule dei tribunali, considerata, fino a pochi anni fa, una sorta di "fantasma" nel vissuto quotidiano del processo civile, quasi che fosse stata tacitamente abrogata<sup>[2]</sup>.

La "nuova vita" della responsabilità aggravata, compro-

vata da una produzione magmatica della recente giurisprudenza, ha trovato numerose applicazioni, nella prassi degli uffici giudiziari.

Nelle pagine seguenti si cercherà, quindi, dopo aver inquadrato a livello dogmatico l'istituto, di stilare un pragmatico "prontuario" delle condotte che, con buona probabilità, potranno fare incorrere, la parte che se ne renda autrice, nella condanna ex art. 96, terzo comma, c.p.c.; volgendo da ultimo l'attenzione alle prospettive di riforma dell'istituto de iure condendo alla luce delle possibili modifiche al codice di rito recentemente al vaglio del legislatore e della rilevanza che la condotta abusiva può assumere nei confronti del rapporto tra parte sostanziale e parte processuale, andando a incidere sul contenuto degli obblighi contrattuali e dei doveri deontologici dell'avvocato, oltre che sul piano del suo diritto al compenso.

[1] In tale responsabilità può incorrere la parte che abbia agito o resistito in giudizio, con mala fede e colpa grava, ponendo in essere una condotta illecita riassumibile nel concetto di "lite temeraria. Quest'ultima locuzione venne adoperata soltanto nel codice di rito previgente il quale, all'art. 370, stabiliva che: "La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio, e trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento dei danni". Sul 1° comma, dell'art. 96, si tornerà nel corso della trattazione. Per un inquadramento sul punto, cfr. MAZZOLA, "Responsabilità processuale e danno da lite temeraria", Giuffrè Editore, Milano 2010; DI MARZIO, "Vita nuova per il danno da lite temeraria (in attesa che l'ennesima riforma rimescoli le carte)", in *Giurisprudenza di Merito*, 6, 1590.

[2] Lo scarso utilizzo, da parte della giurisprudenza, del tradizionale istituto della lite temeraria va attribuito all'inquadramento dogmatico, in termini di species del genus della responsabilità extracontrattuale e dei conseguenti presupposti applicativi, in particolare, la prova dell'esistenza di un danno e della sua quantificazione. In questi termini si esprime anche, VESPASIANI, "Il danno da lite temeraria è... morto? Lunga vita all'art. 96 c.p.c.", *La Resp. Civ.*, 4, 2008. p. 307. Sul punto si veda, inoltre, la scheda di lettura del ddl. S1082, Ufficio Studi del Senato, rinvenibile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

## 2. I presupposti applicativi dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.

Lo strumento messo a disposizione dal legislatore, con la novella del 2009, presenta caratterizzazioni indubbiamente atipiche che non hanno mancato di suscitare un acceso dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza[3].

Il ricorso officioso alla condanna ex art. 96, terzo comma, c.p.c. è, innanzitutto, limitato, da un punto di vista oggettivo, al richiamo fatto dalla stessa lettera della norma alla soccombenza della parte che abbia tenuto la condotta temeraria ai sensi dell'art. 91 c.p.c.

In tal senso risulta, perciò, pacifico il collegamento dell'istituto alla pronuncia sulle spese e, quindi, di conseguenza a un provvedimento che definisca il giudizio[4].

Oggetto di ampio e appassionato dibattito è, invece, la

questione riguardante i presupposti applicativi soggettivi della norma[5], la quale non esplicita se sia richiesto un particolare stato psicologico in capo al soggetto che pone in essere la condotta, ovvero se la condanna sia pronunciabile soltanto nei confronti della parte che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave[6].

Sul punto, la maggioranza della giurisprudenza[7], valorizza l'inserimento della disposizione all'interno della cornice dell'art. 96 c.p.c., ritenendo necessaria per l'operatività del nuovo istituto la sussistenza dei requisiti della mala fede o della colpa grave[8], così come richiesto per il primo comma della norma.

Altra parte della giurisprudenza si discosta invece motivatamente[9] dall'estensione del requisito soggettivo richie-

[3] Per il cui inquadramento, cfr. BALENA, La nuova pseudo-riforma della giustizia civile, in *Giusto proc. civ.*, 2009, fasc. 3, p. 800 e ss.; CONSOLO, Una buona novella al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale, in *Corr. giur.*, 2009, p. 737; DE MARCHI, Il nuovo processo civile, Giuffrè, Milano 2009, p. 50; MENCHINI, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69 del 2009, Torino, 2009; MORANO CINQUE, Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria, in *Resp. civ. prev.*, 2010, n. 9, 1837 ss.; PAGNI, La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado, in *Corr. giur.* n. 10, 2009, p. 1309; PETRI, La responsabilità processuale aggravata: la condanna d'ufficio ex art. 96, comma 3°, c.p.c., *Corr. merito*, 4, 2012, p. 362; PORRECA, L'art. 96, 3° comma, c.p.c., fra ristoro e sanzione, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2242 ss.; PROTO PISANI, La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura), in *Foro it.* 2009, V, 221; RICCI, La riforma del processo civile, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009; SCARSELLI, Il nuovo art. 96, 3° comma c.p.c.: consigli per l'uso, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

[4] Si veda in tal senso anche, BARRECA, La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto di condanna, in *Giur. merito*, n. 11, 2011, p. 2718.

[5] Dal punto di vista oggettivo il ricorso alla condanna officiosa è, innanzitutto, limitato dal richiamo fatto dalla stessa lettera della norma alla soccombenza della parte che abbia tenuto la condotta temeraria ai sensi dell'art. 91 c.p.c.

[6] Se la soccombenza fosse intesa quale unico presupposto per l'applicazione della fattispecie, ci si avvierebbe verso l'esito davvero paradossale per cui ogni posizione soccombente sarebbe, almeno astrattamente, temeraria, affidando alla mera valutazione dell'organo giudicante, caso per caso, se e quando la lite debba ritenersi sanzionabile. Tale interpretazione susciterebbe, inoltre, seri dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che introdurrebbe un limite non giustificato all'esercizio del diritto di azione e di difesa in giudizio ponendosi in contrasto con gli artt. 24 e art. 111 della nostra Carta fondamentale. In questo senso si esprime anche copiosa parte della dottrina, tra cui, SCARSELLI, Il nuovo art. 96, 3° comma c.p.c. ..., cit., p. 7; DALLA MASSARA, Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché, in *Nuova Giurisp. Civile e Comm.*, 2011, p. 55 e ss, che nonostante ricostruiscono l'istituto in categorie dogmatiche diametralmente opposte, concordano su tale punto.

[7] Cfr., Cass., Sez. 6-3, n. 3376 del 22 febbraio 2016; Cass. Civ., Sez. VI, del 30 novembre 2012, n. 21570, in cui il giudice di legittimità testualmente afferma: "L'art. 96, comma terzo, c.p.c. (...) indubbiamente presuppone il requisito della mala fede o della colpa grave, non solo perché è inserito in un articolo destinato a disciplinare la responsabilità aggravata, ma anche perché agire in giudizio per far valere una pretesa che alla fine si rileva infondata non costituisce condotta di per sé rimproverabile". Con riferimento alla giurisprudenza di merito cfr., ex multis, Trib. Piacenza, 15 novembre 2011, n. 855, Trib. Milano 13 giugno 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) consultato il 20.9.2012; Trib. Bologna, 19 dicembre 2011, n. 13229, in banca dati Dejure, Trib. Gaeta, 13 aprile 2012, n.198, reperito in [www.cassazione.net](http://www.cassazione.net). Va inoltre segnalato il Protocollo, pubblicato dall'Osservatorio "Valore Prassi", istituito le linee-guida per l'applicazione dell'art. 96 c.p.c., a seguito della recente innovazione legislativa, sul quale i giudici veneti fondano le proprie decisioni, reperibile sul sito [www.valoreprassi.it](http://www.valoreprassi.it).

[8] La mala fede viene identificata, oggi stabilmente da dottrina e giurisprudenza, in quello stato soggettivo caratterizzato dalla piena consapevolezza dell'infondatezza totale della domanda o eccezione proposta, o nella consapevolezza di agire slealmente abusando del proprio diritto o, ancora, nella consapevolezza di utilizzare lo strumento processuale per scopi estranei ai suoi fini istituzionali. La colpa grave, invece, è invece riconosciuta nella leggerezza della valutazione effettuata dalla parte circa la fondatezza della propria richiesta. In particolare, si ritiene configurabile ogniqualvolta il soggetto non abbia utilizzato la benché minima diligenza nel verificare i necessari presupposti per la proposizione della domanda giudiziale ovvero per la difesa in giudizio. Diligenza che avrebbe consentito alla parte di avvedersi dell'infondatezza della propria pretesa e di prevedere le conseguenze dei propri atti.

[9] Si veda in proposito, Trib. Torino, ord. 16 ottobre 2010, secondo cui: "appare eccessivo affermare che la parte ricorrente abbia agito in giudizio con malafede o colpa grave, ossia con la consapevolezza dell'infondatezza delle proprie pretese (o almeno ignorando colpevolmente i diritti della controparte); ricorrono tuttavia i presupposti per la condanna di cui all'art. 96, comma 3, implicitamente considerata da parte resistente e comunque disponibile anche d'ufficio. Tale disposizione

sto dal primo comma, ampliando il novero delle condotte punibili e di conseguenza i confini della responsabilità per “processo ingiusto”, ritenendo, in particolare, sufficiente per l'applicazione della novella, il presupposto soggettivo che si concretizzi nel comportamento colposo, anche lieve, in violazione dei doveri di probità e lealtà di cui all'art. 88 c.p.c.<sup>[10]</sup> Tale lettura ermeneutica, facendo espressamente cenno alla violazione della fairness processuale<sup>[11]</sup>, individuarebbe, quindi, la ratio a capo dell'istituto nell'esigenza di sanzionare qualsiasi forma di abuso del processo, anche se dipendente soltanto da colpa lieve<sup>[12]</sup>.

Recentemente la Corte di Cassazione ha affermato che: “la condanna ex art. 96, comma terzo, applicabile in tutti i casi di soccombenza, configura una sanzione di carattere pubblicistico, autonoma ed indipendente rispetto alle

ipotesi di responsabilità aggravata ex art. 96, commi primo e secondo c.p.c. e con queste cumulabile, volta al contenimento dell'abuso dello strumento processuale”. La sua applicazione, pertanto, non richiederebbe il riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, bensì una condotta oggettivamente valutabile alla stregua dell'abuso del processo<sup>[13]</sup>.

Nonostante la lettera dell'art. 96, terzo comma, c.p.c. si presti anche a tale ultima interpretazione non può tacersi come questa ricostruzione si ponga ai limiti della compatibilità costituzionale, comportando una forte compressione, in particolare, dell'art. 24 della nostra Carta fondamentale<sup>[14]</sup>.

Pertanto, aderendo alla tesi più garantista, pare preferibile escludere una sia applicabilità oggettiva dell'istituto, sia

si riferisce a situazioni di abuso del processo meno gravi di quelle considerate dal primo e dal secondo comma dell'art.96 e pur sempre presuppone condotte colpevoli della parte processuale”.

**[10]** In tal senso potrebbe, inoltre, essere letta la mancata riproposizione da parte del legislatore, nel nuovo comma dell'art. 96 c.p.c., del requisito soggettivo minimo della colpa grave presente nell'abrogato art. 385, comma quarto, c.p.c., sul punto bene, FRADEANI, *La lite temeraria attenuata* dell'art. 96, comma terzo, c.p.c.: prime applicazioni, reperibile sul sito [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

**[11]** In tali termini si esprime il Trib. Terni, nella pronuncia del 17 maggio 2010, n. 2399.

**[12]** In dottrina, tra gli autori che sostengono la sufficienza della colpa comune in capo al soggetto che pone in essere la condotta sanzionata - come verrà evidenziato nel prossimo paragrafo - vi sono differenti vedute in ordine alle finalità dirette della norma, che dipendono dalla qualificazione giuridica risarcitoria o sanzionatoria data alla fattispecie. Nel primo senso, cfr. PORRECA, *op. cit.*, p. 2255; nel secondo, FRADEANI, *op. cit.*, p. 5.

**[13]** Cfr. Cass. Civ., Sez. II, n. 27623 del 21 novembre 2017. La Suprema Corte con riferimento al requisito soggettivo richiesto dall'istituto in esame ha affermato che: “l'idea della sopravvivenza, nella nuova fattispecie, dell'elemento soggettivo previsto dai primi due commi dell'art. 96 c.p.c., appare smentita dalla inequivoca volontà del legislatore di sopprimere qualsiasi riferimento ai profili soggettivi di responsabilità. Sul punto, va rilevato che l'elemento soggettivo della “colpa grave” era transitato - col d.lgs. n. 40 del 2006 - dall'art. 96, primo comma, all'art. 385, quarto comma, c.p.c. Il fatto che il legislatore del 2009, nel ricollocare il testo dell'art. 385, quarto comma, nell'ambito dell'art. 96 c.p.c., non abbia replicato l'elemento della “colpa grave” ivi previsto, non può essere ascritto ad una dimenticanza; costituisce, invece, una scelta legislativa adottata sulla via della semplificazione della fattispecie, allo scopo di favorirne una più agevole applicazione. L'opinione richiamata, d'altra parte, è smentita dall'inciso «In ogni caso», che apre il testo della disposizione e che, secondo corretti canoni interpretativi, non può che significare “al di fuori di quanto previsto dai commi che precedono”, ossia a prescindere dai presupposti richiesti dai primi due commi dell'art. 96 c.p.c. La stessa previsione, contenuta nell'art. 96, terzo comma, c.p.c., che vuole che il giudice pronunci condanna «quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91», se da un lato implica che vi sia stata condanna del soccombente all'integrale pagamento delle spese processuali e che non vi siano state ragioni per compensarle (neanche in parte), lascia intendere, dall'altro, l'applicabilità della disposizione a tutte le ipotesi di soccombenza, a prescindere da ogni valutazione circa la mala fede o la colpa grave della parte. Infine, conferma della volontà del legislatore di non esigere più che il giudice accerti la “mala fede” o la “colpa grave” della parte soccombente si ricava dai lavori parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della legge; in particolare, dalla circostanza che, nel corso dei lavori parlamentari, l'incipit del nuovo terzo comma dell'art. 96 c.p.c. è stato modificato, laddove la precedente formulazione «Nei casi previsti dai commi precedenti, il giudice condanna altresì...» è stata sostituita dall'attuale «In ogni caso». L'adozione di tale diverso testo attesta inequivocabilmente il mutamento della volontà del legislatore, che ha determinato, di fatto, un altrettanto evidente mutamento della struttura della fattispecie. In definitiva, deve ritenersi che, col terzo comma dell'art. 96 c.p.c., il legislatore ha voluto configurare non già una fattispecie ancillare rispetto alle figure risarcitorie previste nei primi due commi dell'art. 96 c.p.c., ma una figura di responsabilità indipendente e autonoma, che prevede una “sanzione di carattere pubblicistico”, priva di natura risarcitoria, destinata a reprimere la parte soccombente che abbia fatto “abuso” dello strumento processuale. Il rafforzamento della repressione dell'abuso del processo si è manifestato nella scelta legislativa di sopprimere l'elemento soggettivo della fattispecie. Il giudice, nell'applicare l'art. 96, terzo comma, c.p.c., non è più tenuto a svolgere complessi - quanto delicati - apprezzamenti sulla colposità e negligenza della condotta della parte e del suo difensore. Egli - invece - deve limitarsi a valutare “oggettivamente” la sussistenza di un “abuso del processo”, quale emerge dagli atti processuali e dal loro contenuto.

**[14]** Cfr., MORANO CINQUE, *op. cit.*, p. 1842, secondo cui, non potrebbe ammettersi una responsabilità processuale in caso di colpa lieve, poiché il diritto di agire e resistere in giudizio “non tollera remore eccessive, e remora eccessiva all'esercizio di tale diritto sarebbe per la parte, la prospettiva di andare incontro alla comune responsabilità per fatti illeciti sanzionata dalla norma dell'art. 2043 c.c. e quindi anche per colpa lieve”.

che il presupposto soggettivo della colpa lieve possa essere stato introdotto, surrettiziamente, con l'ambiguo incipit della norma, in considerazione, inoltre, della mancanza di ogni indicazione circa i presupposti applicativi dell'istituto che lasciano al giudice la piena discrezionalità di condannare chi abbia esercitato un suo diritto costituzionalmente garantito. In altri termini va ritenuto, a parere di chi scrive, che la violazione del dovere di lealtà e probità, ex art. 88 c.p.c., possa dare luogo alla sanzione dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., solo qualora integri il presupposto soggettivo della lite temeraria<sup>[15]</sup>, in termini quantomeno di colpa grave.

Relativamente al rapporto tra la novella del 2009 e la disposizione di cui all'art. 88 c.p.c., giova rilevare come la dottrina, in sede di valutazione dei diversi presupposti attinenti alla tradizionale ipotesi di lite temeraria, ex art. 96, primo comma, c.p.c., rispetto al combinato disposto degli artt. 88 e 92 c.p.c., abbia ritenuto che, nel primo caso, l'abuso risieda nella proposizione dell'azione giudiziaria nel suo complesso e, quindi, nel "se" dell'attività processuale del soccombente, ovvero, nella scelta stessa di proporre l'azione o di resistervi; mentre, nel caso della violazione del dovere di lealtà e probità, l'abuso si verifichi in relazione all'utilizzo di singoli strumenti processuali, incidenti sul "come" dello stare in giudizio, a prescindere dalla soccombenza delle parti, oltretutto, nell'eventuale slealtà tecnica con la quale la parte compie i singoli atti del processo.

Pertanto, le ragioni alla base delle rispettive condanne possono essere considerate ulteriore elemento di differenziazione della responsabilità processuale aggravata rispetto a quella prevista dall'art. 88 c.p.c..

Da un lato, "il perché" della condanna officiosa di cui al nuovo comma dell'art. 96 c.p.c., va rinvenuta nella lesione di interessi pubblicisticamente orientati - quali l'econo-

mia processuale e il buon andamento del processo - provocata da comportamenti abusivi e temerari, costituenti un intralcio all'amministrazione della giustizia.

Dall'altro, la disciplina prevista dal combinato disposto degli artt. 88 e 92 c.p.c., fonda la propria ratio, in funzione del valore della correttezza in giudizio, su di un'ottica interna, essenzialmente riferibile al rapporto tra le parti processuali<sup>[16]</sup>.

Ovviamente la correttezza in giudizio risulta propedeutica all'efficiente funzionamento della macchina giudiziaria; d'altro canto non è detto che la parte che ponga in essere una condotta sleale incida tout court sull'amministrazione della giustizia.

Quando ciò accada, d'altronde, la scelta circa il "come" dell'agire o resistere può arrivare a mettere radicalmente in discussione la decisione sul "se", giacché, sulla base delle sole modalità con le quali la parte ha agito o resistito in giudizio, il giudice potrebbe emettere una sentenza sullo stesso atto dell'azione processuale, così rendendo soccombente la parte che avrebbe avuto altrimenti fondate ragioni e, se del caso, arrivando a condannarla ai sensi dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.<sup>[17]</sup>.

### 3. (Segue): Natura e funzione dell'istituto

Una volta individuati, dalla prassi giurisprudenziale, i requisiti applicativi della norma, occorre addentrarsi nella dogmatica dell'istituto, per sciogliere il secondo nodo interpretativo che ammantava la disposizione, ovvero, la questione relativa alla sua natura giuridica.

In particolare, l'interprete si trova davanti a un bivio<sup>[18]</sup>, dovendo scegliere se la nuova lite temeraria ricada all'interno della responsabilità aquiliana, oppure si ponga al di fuori di tale perimetro. In altri termini, è necessario chiedersi se la condanna prevista dal terzo comma, dell'art. 96 c.p.c., abbia natura risarcitoria ovvero sanzionatoria.

[15] Invero, la mera violazione dell'art. 88 c.p.c. ha come sanzione la condanna alle spese indipendentemente dalla soccombenza ai sensi dell'art. 92 c.p.c., che appare più che sufficiente a sanzionare condotte che, nella maggior parte dei casi, sono riferibili ad iniziativa dell'avvocato, che abusi dei poteri che si ricollegano al proprio mandato. In questo senso, cfr., BARRECA, op. cit., p. 10; viceversa, in senso contrario, CORDOPATRI, Ancora sull'art. 96, comma 3°, c.p.c. e sull'abuso del processo, in *Corr. merito*, n. 2, 2012, p. 241.

[16] In questo senso, cfr., VERONESE, Alcune riflessioni a partire dal nuovo comma 3 dell'art. 96 c.p.c., relazione nell'ambito dell'attività dell'Osservatorio Valore Prassi di Verona, 2010, reperibile su [www.anfverona.it](http://www.anfverona.it), consultato il 10.7.2013.; DALLA MASSARA, op. cit., p. 72.

[17] Cfr., Cfr., ANGESCHI, Le spese legali, Cedam, Padova, 2010, p. 192; MAZZOLA, op. cit., p. 24; DALLA MASSARA, op. cit., p. 70.

[18] Invero, a seguito della ricostruzione dei presupposti soggettivi dell'istituto, rivenuti come si è visto nel precedente paragrafo dalla giurisprudenza maggioritaria nella mala fede o colpa grave, non convince il tentativo di parte della dottrina - cfr. PORRECA, op. cit., p. 2242 - di eludere la scelta affermando, per un verso, che la norma si sarebbe certamente emancipata dal collegamento con i primi due commi e dunque sostanzialmente sarebbe fuori dalla responsabilità civile, riconoscendole però, per altro verso, il carattere di misura sostanzialmente riparatoria finalizzata a contrastare, attraverso il mezzo risarcitorio condotte connotate da colpa lieve. Nel senso del testo, cfr., MORANO CINQUE, op. cit., p. 1840; BUSNELLI D'ALESSANDRO, L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o condanna punitiva?, in *Danno e resp.*, n. 6, 2012, p. 590; CORDOPATRI, op. cit., p. 244.



In primo luogo, occorre osservare che, se non si pensasse ad una differenziazione in ordine alla natura della condanna contemplata nel primo e nel terzo comma, sarebbe inevitabile ammettere che ci si trovi a cospetto di una duplicazione delle rispettive funzioni<sup>[19]</sup>.

In secondo luogo, il carattere officioso della condanna rappresenta una delle principali criticità in cui incorre la parte della dottrina che, nell'inquadramento dell'istituto, intraprenda la via della responsabilità civile come chiave interpretativa dell'intero articolo, al punto da costringere alcuni autori all'opinabile affermazione secondo cui il principio dispositivo non sarebbe di per sé a copertura costituzionale<sup>[20]</sup>, o viceversa, a ritenere che la pronuncia ex officio sia in contrasto con i principi cardine del nostro ordinamento<sup>[21]</sup>, o, infine, portando altri interpreti ad operare una notevole forzatura del terzo comma, dell'art. 96 c.p.c., piegandone l'operatività, "anche d'ufficio", alla necessaria subordinazione a una previa istanza di parte ai sensi del primo comma<sup>[22]</sup>.

Sul punto, la maggioranza dei giudici di merito<sup>[23]</sup> ha inteso la norma prendendo le distanze dalla struttura tipica dell'illecito civile e ritenendo che il legislatore abbia voluto introdurre nel nostro ordinamento una forma di danno punitivo - i c.d. punitive damages<sup>[24]</sup>, ammessi e previsti negli ordinamenti di common law - finalizzata a scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia, stigmatizzando la condotta di chi agisce o resiste con mala fede o colpa grave, attraverso iniziative giudiziarie avventate o comunque dilatorie, abusando in tal modo del diritto di azione o di difesa.

In altri termini, secondo la giurisprudenza citata e parte della dottrina<sup>[25]</sup>, la ratio del nuovo comma dell'art. 96 c.p.c. non sarebbe quella di consentire il ripristino di una situazione patrimoniale antecedente al verificarsi di un evento dannoso, bensì quella di irrogare una sanzione che funga anzitutto da deterrente rispetto al futuro verificarsi di condotte temerarie, ritenute intrinsecamente dannose per la collettività.

[19] Ergo, se nell'ultimo comma, si intravedesse un ulteriore strumento volto all'ottenimento di una condanna risarcitoria, la sua presenza all'interno dell'art. 96 c.p.c. si giustificerebbe, unicamente, nell'opportunità di offrire una via ulteriore - caratterizzata essenzialmente per il fatto di essere sottratta al consueto onere probatorio - attraverso la quale ottenere un risarcimento del danno conseguente alla temerarietà della condotta processuale.

[20] Così, PORRECA, op. cit., p. 2244 ss., che sostiene tale tesi, riutilizzando le argomentazioni a suo tempo poste alla base della questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, 1° comma, c.p.c. nella parte in cui, "non tenendo conto dei principi del giusto processo costituzionalizzati attraverso la nuova formulazione dell'art. 111 della costituzione", subordina la condanna al risarcimento dei danni della parte soccombente che ha agito con mala fede ad una "istanza dell'altra parte". Questione non a caso dichiarata manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale con la pronuncia 23 dicembre 2008, n. 435, op. cit., 2009, p. 2242 e ss., con nota di MACCARIO, con riferimento alla necessità della richiesta di parte ai fini dell'applicazione del primo comma, dell'art. 96, c.p.c.

[21] Così, SCARSELLI, Il nuovo art. 96, comma terzo . . . , cit., p. 2243, secondo il quale il giudice in ossequio agli artt. 24 e 111 della costituzione può pronunciare solo su istanza di parte, nel rispetto del principio della domanda e di terzietà.

[22] In questo senso, cfr. BUSNELLI, D'ALESSANDRO, op. cit., p. 595., secondo cui in tal modo si realizzerebbe una tollerabile forzatura per contemperare la salvaguardia del fondamentale principio della domanda con l'esigenza di agevolare in ogni caso il risarcimento del danno derivante da una condotta temeraria.

[23] Emblematica in questo senso la pronuncia del Trib. Foggia, 28 gennaio 2011, in cui si afferma che il terzo comma, dell'art. 96, c.p.c. ha: "introdotta nel nostro ordinamento un'ipotesi di danno punitivo (il c.d. punitive damages del modello anglosassone) prima sconosciuta alla tradizione giuridica italiana, e cioè una sanzione pecuniaria irrogabile anche in assenza della prova di un pregiudizio effettivamente subito dalla parte a favore della quale è pronunciata la relativa condanna". In senso conforme, ex multis, Trib. Reggio Emilia, 25 settembre 12, n. 1924; Trib. Piacenza 15 novembre 2011; Trib. Verona, 30 aprile 2011, n. 11990.

[24] I danni punitivi rappresentano una delle fattispecie più caratteristiche del sistema di common law anglo-americano e materia di indagine comparatistica quando mai affascinante. I c.d. punitive damages rientrano nella categoria dei non compensatory damages e unitamente ai compensatory damages costituiscono le due voci principali della condanna risarcitoria. La differenza sostanziale tra i due tipi di danno consiste nelle diverse finalità cui rispettivamente tendono: schiettamente punitivo-afflittiva e simbolico-deterrente i primi, riparatoria, risarcitoria i secondi. I danni punitivi, infatti, ambiscono non già a sopperire alla perdita subito dal danneggiato, ma ad infliggere una pena al danneggiante, colpendolo economicamente per dissuaderlo del reiterare la condotta pregiudizievole sanzionata. Va tenuto presente, inoltre, che l'istituto nasce in sistemi giudiziari, come quelli di common law, che non conoscono bene la distinzione tra diritto civile e diritto penale, dove la condanna al risarcimento dei danni deve anche assolvere ad una funzione pedagogica: la condanna deve rappresentare un deterrente da utilizzare non solo nei confronti del condannato, ma anche nei confronti dell'intera comunità (la condanna "esemplare"). Inoltre, la condanna deve rappresentare un risarcimento pieno, in cui le esigenze di giustizia prendono il sopravvento sulle aspettative di punizione della parte soccombente. Cfr., RICCIO, I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordinamento pubblico interno, in Contr. e impr., 2009, p. 854 e ss.; PONZANELLI, I danni punitivi, in Nuova giur. civ. e comm., n. 2, 2008, p. 25 e ss.; OLIARI, I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre, in Nuova giur. civ., n. 9, 2007, p. 983 e ss.; ZIVIZ, Lite temeraria e danni punitivi, reperibile sul sito [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

[25] Tra cui, BALENA, op. cit., p. 820; FRADEANI, op. cit., p. 6; DALLA MASARA, op. cit., p. 61; BUFFONE, Un grimaldello normativo in ambito civile per frenare la proliferazione di liti temerarie, in Guida dir., n. 3, 2011, p. 50;

In tal senso, quindi, la funzione dell'istituto potrebbe, anche, dirsi pubblicistica, nella misura in cui la minaccia della condanna sia in grado di indurre la generalità dei consociati ad evitare comportamenti litigiosi temerari[26].

In questi stessi termini si è espressa recentemente anche la Corte di Cassazione[27] e la Corte Costituzionale[28], ritenendo che con la norma in esame il legislatore abbia inteso affidare al giudice uno strumento per reprimere, nell'interesse generale della collettività, il c.d. "abuso del processo". Inoltre, recentemente il modello della "sanzione processuale civile" ha trovato conferma concettuale nel nuovo art. 5 quater[29], introdotto nella legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto) dal decreto legge del 22 giugno 2012, n. 83, in cui si prevede che, in caso di domanda inammissibile ovvero manifestamente infondata, il giudice possa condannare il ricorrente al pagamento in favore della cassa delle ammende di una somma di denaro non inferiore ad euro 1000 e non superiore ad euro 10000. In altri termini, con tale disposizione, rubricata espressamente "sanzioni processuali", il legislatore conferma che il provvedimento definitivo di un procedimento ben può essere accompagnato da una condanna a somme di denaro che non hanno funzione riparatoria, bensì sanzionatoria.

La natura giuridica di quest'ultimo istituto, dentro termini di pena privata o sanzione civile[30], potrebbe, dun-

que, apparire identica a quella dell'art. 96, terzo comma, c.p.c.[31]

Benchè, siano differenti i beneficiari della sanzione - per la novella del 2009 la condanna è prevista a favore della controparte, mentre, nella fattispecie sopra richiamata, beneficiario della somma oggetto di condanna risulta essere lo Stato - l'aporia concettuale in cui si incorrerebbe, aderendo alla tesi che assegna all'istituto carattere di sanzione civile, non pare decisiva a sconfessarne la natura satisfattiva[32].

In conclusione, pare corretto ritenere che all'istituto introdotto nell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. possa essere riconosciuta natura giuridica ibrida, di "sanzione processuale", che si colloca al di fuori dell'area della responsabilità civile. Tale previsione, infatti, svolge una funzione diversa da quella risarcitoria, essendo improntata ad obiettivi di deterrenza, ed essendo finalizzata, da un lato, alla tutela dell'interesse pubblicistico e all'efficienza del sistema giudiziario civile, dall'altro, a quella dell'interesse del privato a non essere indebitamente coinvolto in una lite temeraria.

#### 4. (Segue): La quantificazione della condanna

L'ultimo profilo problematico del terzo comma, dell'art. 96, c.p.c. riguarda i criteri di quantificazione della somma oggetto di condanna. Tale questione scaturisce dal testo

[26] Cfr., DALLA MASSARA, op. cit., p. 60.

[27] Cfr. Cass. Civ. Sez. II n. 27623 del 21 novembre 2017. Nello stesso senso Cfr., Cass., Sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902, reperibile in banca dati DeJure, secondo la quale "mediante l'inserimento del comma terzo, all'art. 96 c.p.c., ad opera della legge del 18 giugno 2009, (il legislatore) ha introdotto una vera e propria pena pecuniaria, indipendente sia dalla domanda di parte, sia dalla prova di un danno riconducibile alla condotta processuale dell'avversario".

[28] Sul punto, la Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 152 del 2016 -nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost.- ha rilevato che la previsione di tale disposizione ha natura non tanto risarcitoria del danno cagionato alla controparte dalla proposizione di una lite temeraria, quanto più propriamente sanzionatoria delle condotte di quanti, abusando del diritto di azione e di difesa, si servono dello strumento processuale a fini dilatori, aggravando il volume del contenzioso; ciò -secondo il giudice delle leggi- è confermato, sul piano testuale, dal riferimento al "pagamento di una somma", che segna una netta differenza terminologica rispetto al "risarcimento dei danni" di cui ai precedenti commi del medesimo articolo, e dall'adottabilità della condanna "anche d'ufficio", che la sottrae all'impulso di parte e ne attesta la finalizzazione alla tutela di un interesse trascendente quello della parte stessa e colorato di connotati pubblicistici. La stessa Corte costituzionale non ha mancato di osservare che la motivazione che ha indotto il legislatore a porre a favore della controparte la condanna del soccombente è plausibilmente ricollegabile all'obiettivo di assicurare una maggiore effettività ed una più incisiva efficacia deterrente allo strumento deflattivo, sul verosimile presupposto che la parte vittoriosa possa provvedere alla riscossione in tempi e con oneri inferiori a quelli gravanti su un soggetto pubblico.

[29] Norma inserita dall'articolo 55, comma primo, lettere f), del d.l. del 22 giugno 2012, n. 83.

[30] La possibilità di equiparare la nozione di "sanzione punitiva civile" a quella di "pena privata" è dibattuta: secondo GALGANO, Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali, in Contr. e impr., 1987, p.532, invero, non è corretto l'utilizzo del concetto di "pena privata" quale sinonimo di sanzione civile. Questa è una misura afflittiva (patrimoniale) comminata dalla legge ed applicata dall'autorità giudiziaria, mentre la pena privata è quella minacciata ed applicata dai privati nei confronti di altri privati.

[31] Cfr., DALLA MASSARA, op. cit., p. 62.

[32] Cfr., POTETTI, Novità della legge n. 69 del 2009 in tema di spese e responsabilità aggravata, in Giur. merito, 2010, p. 944, il quale pur riconoscendo che la natura di sanzione di ordine pubblico può apparire in contrasto con la circostanza che la somma vada corrisposta alla controparte e non allo Stato, supera tale perplessità osservando che la scelta di prevedere il pagamento in favore di chi direttamente ha subito le conseguenze pregiudizievoli dell'abuso del processo, non presenta profili di manifesta irragionevolezza.

della disposizione, il cui dettato normativo si limita ad affermare che il giudice ha il potere di condannare la parte a una “somma equitativamente determinata”.

È evidente che il legislatore, proponendo un criterio di determinazione equitativa[33], abbia inteso rimettere all'organo giudiziario l'integrale individuazione della sanzione più adeguata al caso concreto.

Risulta, tuttavia, preferibile, rinvenire, per via interpretativa, alcuni parametri, che, nel silenzio del legislatore, siano di riferimento al giudice, quali “criteri guida” - non più che meramente indicativi, s'intende - sulla scorta dei quali quantificare la sanzione.

A tal proposito, è bene richiamare il disposto dell'abrogato art. 385, comma quarto, c.p.c.[34], il quale prevedeva che in sede di pronuncia sulle spese la Corte di cassazione potesse officiosamente condannare “la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari (...)”.[35] In tale ipotesi, era, dunque, fissato, se non il criterio, almeno la cornice all'interno della quale poteva spingersi la discrezionalità del giudice.

A fronte della innegabile affinità fra i due istituti e della pacifica abrogazione per assorbimento della norma speciale in quella più generale prevista con la novella, non sembra troppo azzardata l'idea di recuperare per via interpretativa proprio dal vecchio art. 385 c.p.c. un'indicazione circa il limite massimo della condanna che, ai sen-

si del terzo comma, dell'art. 96, c.p.c., il giudice è chiamato a fissare secondo equità, da rinvenire in una somma “non superiore al doppio dei massimi tariffari”. Tale cornice editale risulta essere una ragionevole indicazione di severità[36].

Nello stesso senso, pare utile un richiamo al Protocollo adottato dal Tribunale di Verona[37] ove si afferma che: “in mancanza di indicazioni normative, pare opportuna l'adozione di criteri idonei a contenere, normalmente, la sanzione di cui al comma 3° dell'art. 96 c.p.c. tra un minimo di un quarto della somma liquidata a titolo di spese di lite, esclusi gli accessori, fino ad un massimo del doppio della somma liquidata a titolo di spese di lite, sempre esclusi gli accessori”[38].

Invero, il parametro delle spese di lite risulta già in sé “sintetico” sia del valore della controversia sia della durata del processo[39].

Sul punto la Suprema Corte ha sancito che: “il giudice nella determinazione della sanzione deve osservare il criterio equitativo, potendo la sanzione essere calibrata anche sull'importo delle spese processuali o su un loro multiplo, e non può - in nessun caso - superare il limite della ragionevolezza”[40].

Quanto alla concreta determinazione della condanna, ruolo centrale va assegnato al grado ed all'intensità della mala fede o della colpa grave in capo alla parte temeraria, rispetto a cui, il valore e l'oggetto della causa e la

[33] Va, peraltro, evidenziato come il richiamo al criterio di equità sia rinvenibile in molteplici disposizioni del codice civile, si pensi, ex multis, agli artt. 1384, 1733, 1755, 1226, 1256, 2045 e 2056 c.c. In verità, le norme ora citate, ricollegano tale parametro generalmente all'intervento del giudice in materia di liquidazione del danno. Invero è stato con il quarto comma dell'art. 385 c.p.c. che, per la prima volta, il legislatore ha stabilito che anche la determinazione di condanne afflittive possa avvenire secondo equità.

[34] Non può essere sottaciuto come sia stata consequenziale, all'introduzione dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., l'abrogazione del comma quarto, dell'art. 385, c.p.c. palesando quindi, secondo la maggioranza della giurisprudenza di merito e buona parte della dottrina, l'intenzione del legislatore di elevare, in tal modo, a principio generale il meccanismo processuale predisposto per il procedimento davanti alla Corte di cassazione. Cfr., Trib. Piacenza, 15 novembre 2011, n. 855; Trib. Reggio Emilia, 25 settembre 2012, n. 1924.

[35] Occorre, inoltre, ricordare che il progetto originario del nuovo terzo comma dell'art. 96 c. p. c. prevedeva che la misura della condanna fosse contenuta tra la metà ed il doppio dei massimi tariffari; seguì alla Camera l'introduzione di un emendamento che stabiliva una misura minima (di 1.000 euro) ed una massima (di 20.000 euro); al Senato venne soppresso ogni riferimento al quantum della condanna, rimesso quindi alla determinazione equitativa del giudice.

[36] Invero, in assenza di esplicita previsione normativa, appare eccessiva la cornice editale ulteriore che - valorizzando il testo dell'art. 96 prima delle modifiche operate al Senato - potrebbe essere applicata per via interpretativa, dal nuovo art. 5 quater, della c.d. legge Pinto, ove viene prevista la condanna a una somma di denaro non inferiore a 1000 euro e non superiore ad euro 10000.

[37] Cfr., Protocollo dell'Osservatorio Valore-Prassi, reperibile sul sito [www.valoreprassi.it](http://www.valoreprassi.it).

[38] Inoltre, quel medesimo testo precisa che: “gli elementi di cui tener conto ai fini della determinazione della sanzione pecuniaria (...) sono l'intensità dell'elemento soggettivo e, sotto il profilo oggettivo, il comportamento della parte, con particolare riguardo al numero degli abusi commessi nel corso del giudizio. Altri parametri che possono incidere su tale quantificazione, quali la durata del giudizio e il valore della controversia, sono invece già ricompresi nel criterio che si è individuato a tale fine, ossia quello della somma riconosciuta a titolo di spese di lite”.

[39] In tal senso, anche, DALLA MASSARA, op. cit., p. 68.

[40] In questo senso, Cass., Sez. 6-2, n. 21570 del 30 novembre 2012, che, in applicazione di tale principio, ha respinto il ricorso avverso la decisione di merito, che aveva condannato il soccombente a pagare una somma non irragionevole in termini assoluti e pari al triplo di quanto liquidato per diritti e onorari.

durata del processo possono essere parametri integrativi[41], ma non sono sempre variabili, allo stesso modo, dipendenti.[42]

In definitiva, va, quindi, confermata la ragionevole interpretazione che si propone di orientare il giudice, nella sua scelta discrezionale, prevedendo l'utilizzo del parametro delle spese di lite quale tendenziale range (con un tetto massimo rappresentato dal doppio dei massimi tariffari) all'interno del quale determinare equitativamente la somma oggetto della sanzione, tenendo principalmente conto della gravità dell'abuso posto in essere[43].

### 5. Applicazioni della norma

Nonostante in dottrina fosse stata evidenziata, poco prima dell'introduzione della novella, l'inopportunità della mancanza nel codice di rito di un preciso catalogo di possibili fattispecie di abuso degli strumenti processuali[44], la ribadita scelta del legislatore del 2009 di non tipizzare le ipotesi di lite temeraria può, forse, spiegarsi con l'esigenza di rimettere al giudice la valutazione di tutte le circostanze del caso concreto, anche se, è indubbio che l'individuazione delle condotte illecite avrebbe avuto il vantaggio di assicurare meglio le finalità deterrenti del terzo comma, dell'art. 96, c.p.c., tanto più alla luce della funzione sanzionatoria che, come abbiamo visto nei prece-

denti paragrafi, va riconosciuta all'istituto[45].

Pare, dunque, opportuno indicare alcuni comportamenti processuali che possono costituire fondamento di responsabilità processuale aggravata in quanto indici di mala fede o colpa grave. Ciò, sia perché in tal modo ne risulterà incentivata la finalità deflativa della nuova fattispecie, sia per fornire agli avvocati e agli operatori del diritto, uno strumento attraverso cui valutare "se" e "come" agire o difendersi in giudizio, a fronte anche dei recenti interventi normativi che vanno a incidere direttamente sul profilo attinente al compito del difensore in caso di condanna per lite temeraria. Stante la ricostruzione dei presupposti soggettivi, in termini quantomeno di colpa grave, come denominatore comune per le ipotesi di lite temeraria, va ritenuto, innanzitutto, che i criteri identificativi delle condotte illecite, sino ad oggi individuati dalla giurisprudenza con riferimento al primo comma dell'art. 96 c.p.c., siano validi a fortiori ai fini dell'applicazione del terzo comma[46].

In dottrina si è così affermato che la misura potrà trovare applicazione in caso di: liti ingiuste, instaurate nonostante la palese e consapevole inesistenza del diritto sostanziale invocato od intentate slealmente con abuso del diritto; liti scorrette, ovvero, condotte con la violazione dolosa o gravemente colpevole delle forme e dei termini di rito; infine, liti c.d. emulative, vale a dire, attraverso l'utilizzo de-

[41] Vanno inoltre segnalati come ulteriori criteri che hanno trovato applicazione, in una pronuncia del Trib. Terni, 17 maggio 2010, la consistenza economica dei contendenti, "i costi sociali connessi al mancato recupero dei crediti di alcuni operatori economici, tra cui le banche, in grado di traslarne il peso sulla collettività, per mezzo dell'incremento del costo del credito". Tuttavia, risulta evidente come, il riferimento al peso economico delle parti non può essere adottato come criterio generale. Esso, invero, potrà essere impiegato nei casi in cui la parte vittoriosa si trovi in condizioni di netta inferiorità economica rispetto a quella soccombente, sul presupposto che il coinvolgimento in una lite temeraria sia maggiormente impegnativo, sotto il profilo emotivo-psicologico, per la prima.

[42] In questo senso, BARRECA, op. cit., p. 13, afferma che: "potrebbe darsi che l'agire infondatamente in giudizio per una causa di valore o di oggetto rilevanti sia meno gravemente colpevole dell'intentare infondatamente un'azione per conseguire una minima utilità; ancora, la durata del processo potrebbe essere condizionata da condotte processuali dilatorie, in sé colpevoli, della parte soccombente, ma potrebbe essere dovuta anche ad atteggiamenti scorretti della parte che, infine, risulta vittoriosa ovvero essere conseguenza della situazione organizzativa dell'ufficio o di scelte del giudice, in sé non imputabili alla parte soccombente".

[43] Tuttavia, va evidenziato come, recentemente, parte della giurisprudenza di merito abbia utilizzato il parametro delle spese di lite aumentando notevolmente tale range e liquidando l'importo della sanzione nella misura del quadruplo delle spese di lite. Ciononostante, stante il rischio di abusi di discrezionalità del giudice, quale regola interpretativa generale sembra più corretto limitare il quantum della condanna al doppio dei massimi tariffari.

[44] Cfr., COMOGLIO, "Abuso del processo e garanzie costituzionali", in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, 2008, p. 336.

[45] Inoltre, tale scelta non risulta nemmeno perfettamente allineata a quelle che lo stesso legislatore ha compiuto in altri casi, allorché ha previsto specifiche ipotesi di iniziative giudiziarie temerarie. Si pensi, ad esempio, al secondo comma dell'art. 155 bis c.c. in cui si prevede che, nel caso in cui la domanda di affidamento del minore ad un solo coniuge risulti "manifestamente infondata", il giudice possa applicare proprio l'art. 96 c.p.c.; si pensi, ancora, alla recentissima novità dell'art. 27, comma primo, della l. 183 del 2011, c.d. legge di stabilità, che, nell'ambito di una serie di misure dirette all'accelerazione del contenzioso civile pendente in grado di appello, ha aggiunto, rispettivamente, agli artt. 283 e 431 c.p.c., un comma, dal tenore sostanzialmente identico, che attribuisce al giudice dell'appello il potere di condannare a una pena pecuniaria, non inferiore a 250 euro e non superiore a 10000 euro, la parte che proponga istanza di sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado "inammissibile o manifestamente infondata".

[46] Cfr., MAZZOLA, op. cit., p. 180 e ss., ove l'autore redige un elenco della - seppur scarsa - casistica giurisprudenziale in cui ha trovato applicazione il primo comma dell'art. 96 c.p.c., tra cui le ipotesi di: regolamento preventivo di giurisdizione a fini dilatori; opposizione tardiva a decreto ingiuntivo; chiamata temeraria del terzo; disconoscimento di paternità; contraffazione di marchi e concorrenza sleale; mancanza della procura speciale.

gli strumenti processuali per finalità diverse da quelle previste dal legislatore<sup>[47]</sup>.

Tuttavia, resta difficile immaginare concretamente quale sia la casistica dei comportamenti che si prestano a rimanere intrappolati nelle maglie del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.

In merito, pare utile stilare un elenco meramente indicativo quale “prontuario” dei comportamenti sanzionati attraverso il nuovo comma dell'art. 96 c.p.c. nella più recente giurisprudenza di merito.

Possono ritenersi ritenute “figure sintomatiche” di responsabilità processuale aggravata: l'esposizione di assegni che trovano smentita nella documentazione o nelle consulenze di parte dimesse dalla stessa parte che li sostiene; le difese macroscopicamente infondate sotto il profilo giuridico, con riguardo sia ai presupposti di ammissibilità o di proponibilità delle domande, o delle prospettazioni, che a profili di merito rilevanti (lo stesso dicasi nel caso di procedimenti cautelari)<sup>[48]</sup>; le prospettazioni equivocate o contraddittorie o generiche, su circostanze rilevanti della controversia, non chiarite nei termini di cui all'art. 183, comma 6°, c.p.c., nonostante il rilievo della controparte o del Giudice; la mancanza o l'insufficienza grave delle richieste istruttorie su circostanze rilevanti, a fronte di un onere probatorio; nei procedimenti a contraddittorio posticipato, il sottacere al giudice circostanze decisive al fine di ottenere provvedimenti favorevoli; il disconoscimento o querela di falso nei confronti di un documento prodotto in causa dalla controparte e rilevante ai fini della decisione, qualora si tratti dell'unica difesa o della difesa principale, ed essa venga smentita, in termini di certezza o di elevata probabilità, dall'accertamento istruttorio conseguente; il disconoscimento o querela di falso nei confronti della totalità dei documenti prodotti in atti dalla controparte, che venga smentita in

termini di certezza o di elevata probabilità, dall'accertamento istruttorio conseguente, qualora non sia verosimile, sulla base degli elementi di causa, che la parte che ha adottato tali comportamenti prima del giudizio non abbia avuto la disponibilità della documentazione oggetto di disconoscimento.

### 6. Prospettive di riforma: una nuova configurazione del diritto di difesa?

In prospettiva de iure condendo occorre evidenziare che, nell'ambito delle recenti prospettive di riforma del processo civile, il legislatore ha manifestato la volontà di intervenire nuovamente sull'istituto in esame per rafforzare l'intento deflattivo della norma ed evitare l'abuso dello strumento processuale. In particolare sulla base dell'articolato informale proveniente dal Ministero della Giustizia recante numerose modifiche da apportare al codice di rito, vi è l'intento di intervenire nuovamente sul dettato dell'art. 96, comma terzo, c.p.c. al fine di introdurre parametri di quantificazione della sanzione per abuso del processo sino a dieci volte il valore del contributo unificato dovuto.

Viene in tal modo espressamente ribadita la “nuova” attenzione del legislatore verso un uso corretto e responsabile del processo, intesa quale condicio sine qua non prepedeutica ad una buona amministrazione della giustizia; da questo punto di vista risulta, quindi, sempre più valorizzato ed immanente all'interno dell'ordinamento il principio della lealtà processuale.

Da ciò deriva un'immediata ricaduta sul contenuto degli obblighi contrattuali e dei doveri deontologici dell'avvocato, a tal riguardo, il codice deontologico forense dedica svariati articoli riconducibili al tema della correttezza nel processo<sup>[49]</sup>, con importanti ricadute anche sul piano del diritto al compenso dell'avvocato<sup>[50]</sup>.

In questa logica, il terzo comma dell'art 96 c.p.c., richie-

[47] In questo senso si veda, BARRACA, op. cit., p. 10.

[48] In tema di ricorso in Cassazione la Suprema Corte ha affermato che: “proporre un ricorso per cassazione malgrado la conoscenza o l'ignoranza gravemente colposa della sua insostenibilità, è fonte di responsabilità dell'impugnante ex art. 96, comma 3, c.p.c., per avere questi agito -e, per lui, il suo legale, del cui operato il primo risponde verso la controparte processuale ex art. 2049 c.c.- sapendo di perorare una tesi infondata, oppure per non essersi adoperato con la exacta diligentia esigibile in relazione ad una prestazione professionale altamente qualificata come è quella dell'avvocato, in particolare se cassazionista” cfr. Cassazione civile, sez. III 05 luglio 2017, reperibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

[49] Tra cui, dai principi generali, l'art. 6, rubricato “Doveri di lealtà e correttezza”, ove si afferma: “L'avvocato deve svolgere la propria attività professionale con lealtà e correttezza. L'avvocato non deve proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave”; dal Titolo III relativo ai Rapporti con la parte assistita ove l'art. 36, rubricato “Autonomia del rapporto”, afferma: “ (...) L'avvocato non deve consapevolmente consigliare azioni inutilmente gravose, né suggerire comportamenti, atti o negozi illeciti, fraudolenti o colpiti da nullità”; dal Titolo IV relativo ai Rapporti con la controparte, i magistrati ed i terzi sia l'art. 48, rubricato “Minaccia di azioni alla controparte” sia l'art. 49, “Pluralità di azioni nei confronti della controparte”.

[50] Invero, proprio in quest'ultimo ambito, la modifica ai sensi dell'art. 10, del decreto del Ministero della giustizia del 20 luglio 2012, n. 140, ha previsto che, in caso di responsabilità processuale aggravata, il compenso dovuto all'avvocato del soccombente sia ridotto, di regola, del 50 per cento rispetto a quello liquidabile in astratto.

de una seria riflessione - per usare le parole della Cassazione[51] - in tema di “doveri d’informazione, di sollecitazione e di dissuasione ai quali il professionista deve adempiere, così all’atto dell’assunzione dell’incarico, come nel corso del suo svolgimento”; comportando un rafforzamento dell’obbligo di diligenza di fronte a casi in cui un soggetto chieda assistenza senza avere valide ragioni da far valere in giudizio.

A parere di chi scrive, l’avvocato sarà tenuto non soltanto a fornire al cliente tutte le informazioni sulle possibili conseguenze di una difesa o di un’iniziativa giudiziaria, ostruzionistica o pretestuosa, ma anche, a svolgere nei confronti del medesimo un’attività di dissuasione aderente con la più moderna concezione del diritto di difesa, espressa anche dalla Cassazione sopra citata.

Pertanto risulterà assolutamente necessaria, per gli esercenti la professione legale, un’attenta valutazione degli aspetti del rapporto con il cliente passibili di tradursi in scelte processuali rischiose e strategie difensive che possano incorrere nella sanzione del terzo comma dell’art. 96 c.p.c. In conclusione – considerando come dall’applicazione

della sanzione del comma terzo, art. 96 c.p.c., sarà agevole ravvisare una conseguenza immediata e diretta del non corretto adempimento dei doveri informativi che fanno carico al professionista – pare necessario, pro futuro, un mutamento dei rapporti tra avvocato-cliente, adottando la prassi di fornire per iscritto informazioni e pareri sulle possibili scelte processuali e raccogliendo, nello stesso modo, il consenso del cliente, che dovrà essere richiesto in relazione a ciascuna scelta processuale la quale presupponga una manifestazione di volontà del cliente stesso. Si tratterà a ben vedere di munirsi proprio come il “bravo” sanitario - di un vero e proprio “consenso informato[52].

Ciò, non solo allo scopo di cautelare il legale da ipotesi di responsabilità professionale - preconstituendosi la prova del consenso - ma soprattutto per dare un’adeguata, completa e trasparente informazione al proprio assistito che - a fronte degli interessi in gioco, derivanti dalla novella al codice di procedura civile volti a realizzare una forte “responsabilizzazione della parte” - non può più accontentarsi del semplice “non si preoccupi: l’avvocato sono io!”.

[51] In tali termini, cfr. Cass. del 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, p. 256 e ss., che così si era espressa sul punto: “nell’ambito del dovere di informazione, di sollecitazione e di dissuasione, ai quali il professionista deve adempiere, così all’atto dell’assunzione dell’incarico come nel corso del suo svolgimento, prospettando, anzi tutto, al cliente le questioni di fatto e/o diritto, rilevabili ab origine od insorte successivamente, riscontrate ostative al raggiungimento del risultato e/o comunque produttive d’un rischio di conseguenze negative o dannose, invitandolo, quindi, a comunicargli od a fornirgli gli elementi utili alla soluzione positiva della questioni stesse, sconsigliandolo in fine dall’intraprendere o proseguire la lite ove appaia improbabile tale positiva soluzione e, di conseguenza, probabile un esito sfavorevole e dannoso”.

[52] Cfr., PLENTEDA, *La responsabilità dell’avvocato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 29 e ss.

## ERRORE DEL GIUDICE

# Il sindacato della Corte di Cassazione sull'errore di percezione compiuto dal giudice di merito su un fatto controverso

Mirco Minardi

del 9 aprile 2019

### La Corte di Cassazione e il giudizio di fatto

È noto come sia tutt'altro che semplice stabilire il confine oltre il quale alla Corte di cassazione è inibito il sindacato sul giudizio di fatto compiuto dal giudice di merito<sup>[1]</sup>. Oltretutto, secondo autorevole dottrina questa linea di confine è volutamente non tracciata, in quanto permetterebbe alla stessa Corte di decidere, di volta in volta, l'estensione e la profondità del suo controllo<sup>[2]</sup>.

Ciò è stato sostenuto con il previgente numero 5) dell'art. 360, primo comma, c.p.c. che prevedeva il controllo sulla "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio", ma la situazione non sembra essere mutata a seguito della nuova versione, che contempla il più limitato "omesso esame

circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti"<sup>[3]</sup>.

Il problema, naturalmente, non riguarda i casi in cui il giudice, nel risolvere una questione di fatto, violi una norma rigida<sup>[4]</sup>; esso si pone invece drammaticamente nella valutazione delle prove libere.

A tal riguardo, va osservato che l'art. 116 c.p.c., norma generale riguardante la valutazione di tutte le prove libere, nonché espressione del principio del libero convincimento, impone al giudice di merito<sup>[5]</sup> di adottare il criterio della «prudenza». Sfogliando i commentari e i massimari ci si accorge però che la giurisprudenza non si è sforzata di definire in positivo il sintagma «prudente apprezzamento», sebbene sia certamente possibile individuare

[1] Ciò che infatti appartiene esclusivamente al giudice di merito è l'accertamento dei fatti rilevanti per il giudizio. L'esito di quell'accertamento sfocia in un "giudizio di fatto" che entro certi limiti è sottoposto al sindacato della Corte. Occorre dunque tenere distinti la «questione di fatto», l'«accertamento del fatto» e il «giudizio di fatto» (pur nella consapevolezza che tanto «accertamento», quanto «giudizio» possono significare rispettivamente «esito» dell'accertamento e «procedimento»). La prima ricomprende l'insieme dei fatti rilevanti per la decisione. Il secondo individua le operazioni che il giudice compie al fine di accertare la verità o meno dei fatti rilevanti per il giudizio. Il terzo indica l'esito di quegli accertamenti.

[2] È celebre, a tal riguardo, l'affermazione del Luiso nel suo famoso manuale, in cui leggiamo: "Se dovessimo trovare una costante al controllo della motivazione da parte della Corte di cassazione, la riscontreremmo nel fatto che, in sostanza, la Corte fa quello che vuole, decidendo lei stessa l'ampiezza e la profondità del controllo della motivazione dei provvedimenti impugnati", in F. P. Luiso, *Diritto Processuale Civile, Vol. II, pag. 402, Giuffrè Editore, 2000*.

[3] Numero sostituito dall'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., in l. 7 agosto 2012, n. 134. La disposizione si applica alle sentenze pubblicate dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, con i limiti di applicabilità previsti dal terzo comma dello stesso art. 54 del d.l. n. 83. Ai sensi del secondo comma dell'art. 54 la disposizione si applica « ai giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto ».

[4] Si pensi al caso in cui il giudice ammetta e poi utilizzi per la decisione una prova testimoniale che contrasti con quanto risultante da un atto pubblico o da una confessione giudiziale, così violando gli artt. 2704 c.c. e 2733 c.c.; è pacifico che in questi casi la sentenza sia da considerare viziata per violazione di norma di diritto.

[5] Il libero convincimento è presentato dalla disposizione come un dovere del giudice. Il Satta, che riteneva superflua la norma *de qua*, nel suo *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. 1, 1966, Vallardi, pag. 464, si era ironicamente chiesto: "verso chi?".

casi in cui la valutazione del giudice di merito è stata ritenuta - seppure implicitamente[6] - «non prudente» o comunque, se si vuole, posta in essere in violazione di un corretto metodo di apprezzamento.

Così, in caso di nomina di un c.t.u., viola il canone della prudenza il giudice che si discosti dalle conclusioni dell'ausiliare, omettendo di indicare le ragioni tecnico-scientifiche che lo hanno indotto a prendere le distanze dalla consulenza[7]; oppure il giudice che, a fronte di osservazioni puntuali e circostanziate formulate dal CTP ed ignorate dal c.t.u., ometta di prendere posizione sulle stesse. È evidente che questa ultima ipotesi, seppure per decenni considerata, a seconda dei casi, come omessa o come insufficiente motivazione[8], a ben vedere consiste nella violazione di una “norma di metodo” che chiede al giudice, prima di aderire alle conclusioni del “suo” consulente, di assicurarsi che questi abbia risposto alle pertinenti osservazioni di quelli di parte. Sempre in tema di c.t.u., viene considerata viziata la sentenza che, in caso di duplice conferimento di incarico in tempi e con esiti diversi, sposi l'una o l'altra senza illustrare i motivi della scelta[9]. È palese come in questo ultimo caso la motivazione non è carente in sé stessa, per l'intrinseca contraddittorietà o illogicità, bensì solo per il fatto che esiste agli atti una consulenza contenente conclusioni diverse. Tanto ciò è vero che la stessa sentenza, in mancanza della relazione non considerata, potrebbe essere ritenuta perfettamente valida. Si tratta, quindi, di un errore di metodo, non di un vizio in sé della motivazione.

In materia di prova presuntiva, la S.C. ha più volte affermato che il giudice non può valutare gli elementi indiziari in maniera atomistica, dovendoli necessariamente apprezzare nel loro insieme, con metodo sintetico[10]. Anche in questo caso, ad un attento esame, ciò che si contesta al giudice è lo scorretto metodo usato e non un vizio di logica o di ragionevolezza.

Può essere del pari ricondotto all'imprudenza l'uso di massime di esperienza non verificate, non vere, oppure non accettabili in un dato momento storico[11].

E - *last but not the least* -: non è forse una norma di metodo il nuovo n. 5) dell'art. 360 c.p.c. che considera come vizio il mancato esame di un fatto decisivo?

In buona sostanza, la prudenza di cui parla l'art. 116 c.p.c. potrebbe essere così declinata: il giudice, nel valutare la prova libera, deve usare un metodo razionale[12], impiegando massime di esperienza condivise e ragionevoli.

[6] La S.C. è costante nel ricondurre le “imprudenze” del giudice di merito o come errori di diritto (v. ad es. le violazioni dell'art. 2729 c.c.), o come vizi della motivazione.

[7] Per l'ovvia ragione che non è razionale nominare un c.t.u., sul presupposto della necessità di una valutazione tecnico-scientifica, e poi prescindere immotivatamente da quel risultato. V. Cassazione civile sez. VI, 19/07/2018, n.19293: “In tema di ricorso per cassazione, la valutazione effettuata dal giudice di merito sulle risultanze della CTU e viziata da errore di percezione è censurabile con la revocazione ordinaria se l'errore attiene ad un fatto non controverso, mentre è sindacabile ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c., se l'errore ricade su di una circostanza che ha formato oggetto di discussione tra le parti. (Nella specie, è stata ritenuta nulla la sentenza di merito che aveva respinto la domanda volta ad ottenere l'indennità di accompagnamento senza motivare il disaccordo rispetto alle conclusioni di segno opposto formulate dal perito)”.

[8] Si tratta infatti di omessa motivazione se si fa riferimento alle osservazioni di parte, mentre di insufficienza se si ha riguardo alla motivazione nel suo complesso. Invero, la differenza tra omessa e insufficiente motivazione non è mai stata chiara con riferimento all'omesso esame di elementi di prova, mentre era più chiara con riferimento ai fatti: se il fatto non era stato considerato, si trattava di omessa motivazione; se il fatto era stato considerato, ma la motivazione non consentiva di comprendere il ragionamento del giudice, si trattava di insufficienza. Esattamente come il motivo di cui al n. 3) dell'art. 360 c.p.c. (solitamente prospettato unitariamente come vizio e falsa applicazione di norma di diritto), la S.C. non ha mai censurato la mancata distinzione o addirittura la confusione tra omessa e insufficiente motivazione.

[9] Sulla questione, dopo la modifica dell'art. 360 n. 5, vedi Cassazione civile, 13/5/2018, n. 13770, che sussume il vizio proprio nel n. 5).

[10] Tra le tante, v. ad es. Cassazione civile sez. III, 12/04/2018, n. 9059 in cui si legge testualmente: “Sul medesimo piano generale di valutazione della prova, va affermato il principio secondo il quale, al cospetto di una pluralità di fatti storici, ciascuno portatore di una propria, singola valenza indiziaria, il giudice non può procedere alla relativa valutazione attraverso un procedimento logico di scomposizione atomistica di ciascuno di essi, per poi svalutarne, singolarmente e frammentatamente, la relativa efficacia dimostrativa. La concordanza indiziaria di ciascuno dei fatti acquisiti al processo ne postula, difatti, la imprescindibile necessità di una compiuta analisi di tipo sintetico, all'esito di un ragionamento probatorio complesso e sincronico, non potendo evidentemente predicarsi alcuna “concordanza” di ciascun indizio a se medesimo, se la valutazione non segue il necessario percorso logico dell'analisi per sintesi e non per somma (per di più, inammissibilmente scomposta)”.

[11] Si pensi ad una sentenza che affermasse che la morte di un figlio maschio genera nei genitori più sofferenza rispetto alla morte di una figlia femmina, o che la morte di un figlio adolescente genera più dolore rispetto alla morte di un figlio di pochi anni, con conseguente diverso risarcimento a titolo di danno non patrimoniale.

[12] Sono criteri di razionalità la «regola di completezza», secondo la quale il giudice dovrebbe prendere in considerazione tutti gli elementi di prova acquisiti in



li[13] ed, infine, giustificando logicamente le sue conclusioni. Ogni qual volta, pertanto, egli renda una giustificazione illogica o irragionevole[14], la sentenza potrà essere cassata dalla Suprema Corte, come pure nei casi in cui il metodo adottato sia inficiato sotto il profilo della razionalità[15].

Sennonché, l'orientamento assolutamente dominante in Corte predica che l'art. 116 c.p.c. non può mai essere invocato direttamente per denunciare il cattivo uso del potere/dovere di cui stiamo parlando. È infatti divenuta tralasciata l'affermazione secondo cui "in tema di ricorso per cassazione, una censura relativa alla violazione e falsa applicazione 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 allega che quest'ul-

timo 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"[16].

Il perché l'art. 116 c.p.c. non possa essere invocato direttamente allorché si sia in presenza della violazione di una regola di prudenza non è facilmente spiegabile e sembra riposare sul "dogma" del libero convincimento che libero è, ma entro certi limiti che, come abbiamo visto, sono dettati dalla logica, dalla ragionevolezza e dal metodo. Per la verità, nell'anno 2016 si è registrata un'importante apertura verso l'art. 116 c.p.c. La S.C.[17] ha infatti affer-

---

giudizio e non solo quelli che confermano la versione dei fatti che ritiene attendibile e la «regola di congruenza», secondo la quale il ragionamento deve svolgersi su prove effettivamente disponibili. In tal senso, Taruffo, *Prova giuridica, Enc. Diritto, Annali*, pag. 1033, il quale parla anche di «regola di coerenza» (per la quale il ragionamento non deve essere internamente contraddittorio) che, però, noi preferiamo ricondurre alla logica.

[13] Anche per R. Caponi, *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.)*, "questo concetto normativo elastico offre certamente alla Corte di cassazione il parametro valutativo per effettuare il sindacato sull'applicazione delle massime di comune esperienza da parte dei giudici di merito, nonché per controllare il rispetto della logica nella ricostruzione della situazione di fatto rilevante in giudizio. È esposto così al sindacato di logicità della Corte suprema tutto il settore dell'uso delle massime di comune esperienza nella valutazione delle prove libere e nelle presunzioni semplici (art. 2729 c.c.)".

[14] Si legge in Lombardo L., *La natura del sindacato della Corte di Cassazione*, pag. 177: "Dall'art. 116, comma 1, cod. proc. civ. e dal metodo del «prudente apprezzamento» da esso dettato, scaturiscono essenzialmente due canoni fondamentali che il giudice deve osservare nel ragionamento col quale valuta le prove: 1) la "validità logica", nel senso che la valutazione delle prove deve essere compiuta mediante inferenze che per un verso, *ab interno*, osservino le regole della logica, per l'altro, *ab externo*, siano coerenti rispetto al *thema probandum* e al contenuto degli elementi di prova acquisiti; 2) la "ragionevolezza" secondo il *sensus communis* e le conoscenze umane generalmente riconosciute, nel senso che la valutazione delle prove non può essere arbitraria, ma deve osservare le c.d. "regole d'esperienza" generalmente accettate nell'ambito della cultura della collettività sociale. In altri termini, il metodo del «prudente apprezzamento» implica che il giudice, nel valutare le prove, osservi due ordini di regole: le "regole della logica" e le "regole offerte dalla comune esperienza. Ed è assolutamente condivisibile ascrivere ai canoni ora richiamati la natura di vera e propria norma giuridica; sicché, laddove il giudice decidesse in contrasto con la logica o con le massime di esperienza la sentenza risulterà affetta da "errori di diritto", e sindacabile ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.".

[15] Per fare un altro esempio, l'obbligo di razionalità dovrebbe obbligare il giudice a spiegare in maniera convincente le ragioni per cui abbia ritenuto recessiva una prova scientifica ad altissima probabilità, rispetto ad una testimonianza, ovvero ad un argomento di prova. Inserendosi "a gamba tesa" sulla valutazione del giudice di merito, in materia di impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), la Corte - sul presupposto dell'altissima idoneità probatoria della prova scientifica - ha ritenuto scorretta la mancata valorizzazione preminente del comportamento dell'autore del riconoscimento, il quale si era rifiutato di sottoporsi al test genetico, affermando così questo principio di diritto: "Nel giudizio di impugnazione del riconoscimento di figlio nati fuori dal matrimonio per difetto di veridicità, il rifiuto ingiustificato di sottoporsi ad esame genetico, in presenza di una situazione di incertezza, sul piano probatorio, circa la sussistenza o meno del rapporto di filiazione biologica fra l'autore del riconoscimento ed il figlio, deve essere valutato dal giudice, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., comma 2, come decisiva fonte di convincimento", Cassazione civile sez. I, 27/07/2017, n. 18626. Si tratta, a nostro modo di vedere, di una applicazione non corretta che del «criterio di razionalità», perché altro è affermare la prevalenza di una prova scientifica, altro è inferire che il non consentirne l'espletamento ha la stessa efficacia probatoria.

[16] Tra le più recenti, v. Cassazione civile, sez. VI, 17/01/2019, n. 1229.

[17] Cassazione civile sez. III, 10/06/2016, n. 11892: "[...] Può semmai ipotizzarsi che il ricorrente in Cassazione possa svolgere considerazioni sul cattivo esercizio del detto potere non già sub specie di denuncia in sé e per sé di un vizio della sentenza impugnata, bensì solo in funzione e, quindi, come elemento, di un'attività di dimostrazione che il giudice di merito è pervenuto ad una erronea ricostruzione della *quaestio facti*, sì che essa l'abbia indotto in ultima analisi ad applicare erroneamente una norma di diritto alla fattispecie dedotta in giudizio. Sicché il motivo di ricorso sia la denuncia di tale erronea applicazione. Si può dunque ipotizzare che dette considerazioni possano e debbano necessariamente incasellarsi solo come elemento di un ben più articolato quadro evidenziatore della deduzione di un *error in iudicando* ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, circa la norma applicabile ed applicata alla fattispecie. Tale residua possibilità supporrebbe sempre l'argomentazione del cattivo esercizio non già con la prospettazione di una mera alternativa di apprezzamento limitata alla singola prova, bensì di un'alternativa non

mato che detta norma può essere invocata allorché si dimostri che il cattivo uso del potere di valutare la prova libera ha determinato una errata ricostruzione del fatto e, quindi, una falsa applicazione di legge. Di conseguenza, la censura andrebbe sussunta sotto il n. 3 dell'art. 360 c.p.c. A nostro modo di vedere, però, si tratta di un'apertura ancora insufficiente, che non valorizza nel giusto modo il sintagma contenuto nella norma in esame.

Il controllo sugli errori di percezione su fatti controversi non è certamente questa la sede per approfondire l'indagine su questi complessi temi; qui si vuole invece evidenziare come accanto al controllo sulla logica, sulla ragionevolezza e sul metodo, si sia da poco affacciato quello sulla "percezione di un fatto controverso".

Si legge infatti nella recente - ma non isolata - pronuncia della Cassazione civile sez. III, 22/11/2018, n. 30182 che "mentre l'errore di valutazione in cui sia incorso il giudice di merito, e che investe l'apprezzamento della fonte di prova come dimostrativa, o meno, del fatto che si intende provare, non è mai sindacabile in sede di legittimità, l'errore di percezione, cadendo sulla ricognizione del contenuto oggettivo della prova, qualora investa una circostanza che ha formato oggetto di discussione tra le parti, è sindacabile ai sensi dell'articolo 360, n. 4 del codice di procedura civile, per violazione dell'articolo 115 del medesimo codice, norma che vieta di fondare la decisione su prove reputate assenti, ma in realtà offerte".

La decisione distingue pertanto il momento valutativo della prova, rispetto a quello percettivo, affermando che solo il secondo sarebbe censurabile in Cassazione. L'affermazione, in realtà, non va presa alla lettera, posto che anche la valutazione manifestamente errata può essere sindacata dalla Corte. Si consideri l'ipotesi in cui un giudice scrivesse testualmente in sentenza: "Il teste Ulpiano ha

dichiarato di aver assistito al sinistro e di aver visto il veicolo attoreo provenire da sinistra rispetto al senso di marcia del veicolo condotto dal convenuto, tuttavia ad avviso di questo Giudice il teste intendeva certamente dire che detto veicolo provenisse da destra. Per l'effetto, la responsabilità va ascritta al convenuto, al quale va addebitato di non aver concesso la precedenza al veicolo attoreo proveniente da destra, come previsto dal codice della strada". Ci pare indubbio che in questo caso si sia nel campo della valutazione irragionevole e non dell'errore percettivo, in quanto il giudice, pur consapevole della dichiarazione del teste, immotivatamente ed arbitrariamente attribuisce ad essa un contenuto diverso ed opposto rispetto a quello fatto proprio dalle parole, certamente censurabile in Cassazione<sup>[18]</sup>.

La sentenza di cui sopra parla di errore di percezione, inteso come quell'errore che cade sul contenuto oggettivo della prova oggetto di discussione tra le parti, in quanto se il fatto è pacifico, lo strumento impugnatorio va individuato nella revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c. Se invece l'errore di percezione cade su un fatto controverso, afferma la S.C., sarà possibile censurare l'errore invocando l'art. 115 c.p.c., in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c.

A quanto consta, la prima sentenza che si è pronunciata *funditus* sull'errore di percezione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 è Cassazione civile, sez. III, 12/04/2017, n. 9356, la cui massima recita quanto segue: "Nell'esaminare le prove offerte dalle parti, il giudice di merito può - teoricamente - incorrere in un duplice errore di giudizio: un errore di valutazione; un errore di percezione. L'errore di valutazione consiste nel ritenere la fonte di prova dimostrativa o meno del fatto che con essa si intendeva provare. Si tratta di un errore non sindacabile in sede di legittimità, in quanto non previsto dalla tassonomia dei vi-

solo necessaria, come avveniva quando operava il vecchio n. 5, quanto ad essa stessa, ma anche solo come punto di partenza per approdare alla censura *in iure*, essendo, dunque, ulteriormente necessario dimostrare come e perché l'apprezzamento corretto si sarebbe incasellato nel complessivo quadro probatorio, sì da rendere necessario - e non già solo possibile - appunto sul piano probatorio complessivo il risultato di una ricostruzione della *quaestio facti* del tutto diversa e, quindi, tale da giustificare come approdo argomentativo finale *in iure* quello che la fattispecie è stata sussunta erroneamente *in iure* sotto la norma che il giudice di merito ha applicato, sì da risultare dimostrato un *error iuris* sul diritto sostanziale con cui la fattispecie è stato deciso. In pratica potrebbe ipotizzarsi che la critica all'esercizio concreto del potere di cui all'art. 116 c.p.c., si collochi come parte di un ragionamento più ampio che giustifichi innanzitutto in termini di necessità logica una ricostruzione della *quaestio facti* sulla base del materiale probatorio diversa da quella operata dal giudice di merito e per tale ragione evidenzia che egli ha mal sussunto la vicenda sotto la norma che ha applicato, perché tale norma non sarebbe stata applicabile se la ricostruzione fosse stata quella esatta. Una siffatta attività argomentativa sarebbe diretta ad evidenziare un errore di sussunzione della fattispecie concreta e di individuazione dell'esatto diritto applicabile e, dunque, della motivazione *in iure*, ma essa supporrebbe, in ossequio ai requisiti di chiarezza necessari in ogni motivo di impugnazione, l'articolazione dell'esposizione di un siffatto motivo in modo puntuale secondo le scansioni progressive appena sopra indicate".

[18] Nel momento in cui scriviamo, il vizio andrebbe dedotto come nullità della sentenza per motivazione gravemente illogica o apparente e quindi per violazione dell'art. 132, co. 2, n. 4, in relazione all'art. 360, n. 4). A nostro avviso, la norma di riferimento è invece proprio l'art. 116 c.p.c., sempre in relazione all'art. 360, n. 4), trattandosi della violazione del canone di prudenza.

zi denunciabili con il ricorso per cassazione di cui all'art. 360 c.p.c. L'errore di percezione, è, invece, quello che cade sulla ricognizione del contenuto oggettivo della prova, ovvero sul *demonstratum* e non sul *demonstrandum*. L'errore di percezione, quando investa un fatto incontrovertito, è censurabile con la revocazione ordinaria, ai sensi dell'articolo 395, n. 4, c.p.c. Quando, invece, investa una circostanza che ha formato oggetto di discussione tra le parti, l'errore di percezione è censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c. Tale norma, infatti, nell'imporre al giudice di porre a fondamento della decisione le prove offerte dalle parti, implicitamente vieta di fondare la decisione su prove immaginarie, cioè reputate dal giudice esistenti, ma in realtà mai offerte. In ogni caso ci troviamo al di fuori dell'attività di valutazione delle prove, sempre insindacabile in sede di legittimità, giacché altro è ricostruire il valore probatorio di un atto o fatto (attività di valutazione), altro è individuare il contenuto oggettivo (attività di percezione)".

Nel caso di specie, il giudice del merito aveva ritenuto che la proprietà dei ricorrenti non fosse in buono stato di conservazione già prima dell'allagamento imputabile alla parte convenuta ed aveva tratto la prova di ciò dalle fotografie scattate in epoca precedente agli eventi meteorici. Ad avviso della Corte, però, l'esame delle fotografie evidenziava un immobile in normale stato di conservazione, non certo in stato di vetustà e cattiva conservazione. Per tale ragione, la sentenza impugnata è stata cassata con rinvio alla Corte d'appello, al fine di provvedere a liquidare nuovamente il *quantum debeatur*[19].

Ora, se può considerarsi corretta l'affermazione secondo cui il giudice non può fondare il proprio giudizio su prove immaginarie, non sembra condivisibile l'applicazione concreta fatta dalla S.C., tenuto conto che appare difficile sostenere che il giudizio sulla vetustà di un edificio ricavato da una fotografia, sia da ricondurre all'attività di percezione e non all'attività di valutazione.

Anzitutto, questa impostazione sembra ignorare alcuni arresti della filosofia e della psicologia, secondo cui l'essere umano non "fotografa" e descrive la realtà che lo circonda per come è, bensì la interpreta costantemente. La percezione non è dunque il risultato del mero "osservare", ben-

si è un processo mediante il quale si traggono informazioni sul mondo nel quale viviamo che avviene in maniera selettiva, costruttiva e interpretativa: la nostra mente, in base a determinate "leggi", seleziona tra le varie sensazioni quelle che - in una data situazione - sono per noi importanti, organizzandole in un insieme ordinato e comprensibile. Esiste pertanto una differenza tra ciò che percepiamo e ciò che la nostra mente ricava dalle percezioni; c'è un divario tra la realtà fisica e fenomenica e l'idea che soggettivamente ci facciamo di essa. Comunemente si crede che ciò che possiamo osservare, ascoltare, toccare e via dicendo sia "la" realtà; non a caso, però, questo modo di pensare, in psicologia e filosofia, è detto "realismo ingenuo".

Ma anche senza scomodare la psicologia e la filosofia, è evidente come l'errore di percezione possa essere ritenuto compatibile con il sindacato della Corte, a tutto concedere, quando investa classi di oggetti (ad es. uno skateboard scambiato per una bicicletta, una linea di mezzeria continua scambiata per una linea tratteggiata, ecc.), mentre appare difficilmente compatibile con un giudizio sulla qualità di una cosa, in totale assenza di parametri sicuri che permettano di affermarne o negarne l'esistenza. Detto altrimenti: in presenza di quali caratteristiche obiettive, di un edificio si può dire che è divenuto vetusto[20]?

In conclusione, riteniamo che la negazione della vetustà di un immobile a seguito dell'esame di alcune fotografie non può considerarsi il risultato di una attività di "mero sguardo obiettivo", quanto piuttosto l'esito di una valutazione che dovrebbe essere riservata al giudice di merito, laddove ragionevole.

### Considerazioni conclusive sul controllo del giudizio di fatto

L'esatta individuazione di quel confine, cui sopra facevamo cenno, sembra ancora lontana. Certo è che laddove l'orientamento qui esaminato dovesse consolidarsi, si espanderebbe l'area di intervento della Suprema Corte sul giudizio di fatto che, ad oggi, ricomprende per la verità non pochi casi: le valutazioni illogiche, apodittiche e irragionevoli; le valutazioni che pretermettono fatti decisivi; le valutazioni frammentarie; le valutazioni fondate su indizi non gravi, precisi e concordanti e in violazione di norme rigide.

[19] Interessante osservare come il giudizio di fatto della S.C. si sia sovrapposto, sostituendolo, a quello del giudice di merito, esattamente come avrebbe potuto fare per la motivazione in diritto. Si insegna, invece, che la Corte non potrebbe mai ricostruire diversamente il fatto storico, ma solo censurare il modo in cui detta ricostruzione è avvenuta; in tal senso v. Luiso F. P., *op. ult. cit.*, pag. 404.

[20] Ciò non esclude l'impiego della ragionevolezza; di un edificio senza parte del tetto e delle pareti sarebbe irragionevole predicare il normale o buono stato di conservazione.

Ciò che rimane fuori dal sindacato della Corte è la valutazione logica e ragionevole, seppure non condivisa dalla stessa[21], come pure la valutazione fondata solo su alcuni elementi di prova, senza la espressa invalidazione di quelli contrari[22]. Ma mentre la prima (cioè la valutazione ragionevole, ma non condivisibile) sembra difficilmente compatibile con il giudizio di legittimità, in quanto la sostituzione di una soluzione con altra maggiormente plausibile, oltre a non integrare un vizio di legge, trasformerebbe la Corte in un giudice di terzo grado a tutti gli effetti, la seconda (cioè la valutazione fondata su una parte degli elementi di prova) appare difficilmente difendibile, proprio alla luce del criterio di prudenza che, al fi-

ne di scongiurare il sempre in agguato pericolo del *confirmation bias*[23], dovrebbe obbligare il giudice a prendere posizione espressa su tutti gli elementi di prova e non solo su quelli ritenuti decisivi[24]. Difatti, allorquando il giudice accorda preferenza ad alcuni elementi di prova rispetto ad altri, la mancanza di motivazione sul rigetto di quelli scartati non consente alcuna verifica sul corretto *modus procedendi*, in quanto la ritenuta attendibilità di un mezzo di prova non necessariamente comporta di per sé un giudizio di inattendibilità di un altro mezzo di prova[25]; in secondo luogo, proprio perché trattasi di omessa pronuncia, nulla esclude che il mancato rilievo possa dipendere non da una scelta, bensì da una svista.

[21] In realtà, non sono rari i casi in cui la S.C., dietro l'apparente censura di illogicità, sostituisce la propria ricostruzione a quella del giudice di merito. Sulla questione si v. ampiamente E. Fabiani, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, UTET, 2003. Osserva R. Caponi, *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.)*, che l'aggettivo possessivo «suo», riferito a «prudente apprezzamento» nell'art. 116 c.p.c., sta a significare che né le parti, né la Cassazione possono sostituirlo con il «loro» apprezzamento.

[22] Seppure non manchino in giurisprudenza sentenze che hanno affermato l'insindacabilità della motivazione allorquando il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi acquisiti, riassumendo i risultati in maniera globale e sintetica (Cass. 1072/1971), è assolutamente prevalente l'orientamento che afferma che l'esame dei documenti esibiti e delle deposizioni dei testimoni, nonché la valutazione dei documenti e delle risultanze della prova testimoniale, il giudizio sull'attendibilità dei testi e sulla credibilità di alcuni invece che di altri, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice del merito, il quale, nel porre a fondamento della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere tenuto a discutere ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive, dovendo ritenersi implicitamente disattesi tutti i rilievi e circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata (tra le tante v. Cassazione civile, sez. I, 02/08/2016, n. 16056).

[23] Il *Confirmation bias* è un atteggiamento tipico della natura umana; esso sta a significare che siamo portati più a confermare una ipotesi tramite prove a favore che cercare di prendere in considerazione evidenze contrarie. Nell'ambito del processo, il rischio è che il giudice si formi il convincimento (c.d. pre-giudizio) sulla base di una intuizione e che utilizzi solo alcune prove al fine di confermare la propria conclusione. La motivazione, in questi casi, rappresenterebbe non il ragionamento che ha condotto alla decisione (c.d. ragionamento giustificatorio), bensì la giustificazione *ex post* di una decisione presa a monte (c.d. ragionamento decisorio) per imponderabili motivi (pregiudizi di vario tipo, amicizia/inimicizia con parti o difensori, pigritia mentale, ecc.).

[24] In tal senso si veda Cass. 2526/1971; id. 1450/1971; id. 861/1971; id. 785/1971; ecc. "L'apprezzamento degli elementi probatori è demandato al potere sovrano del giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità, sempre che sia sorretto da una motivazione congrua, nonché logicamente e giuridicamente corretta, dalla quale risulti che detto giudice abbia desunto il proprio convincimento dall'esame di tutte le risultanze istruttorie ed abbia ottemperato al dovere di spiegare le ragioni che lo hanno indotto a preferire l'una anziché l'altra delle versioni prospettate dalle parti".

[25] Affermare che «il teste Caio è attendibile», non spiega per quale ragione il teste Mevio sarebbe da considerare inattendibile. Non si tratta, evidentemente, di incompatibilità logica.

## CONTRATTO PRELIMINARE E IPOTECHE

# Il subentro del curatore nel contratto preliminare di compravendita immobiliare e il potere del Giudice delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche

Massimiliano Bina

del 10 aprile 2019

### Sommario

1. Posizione del problema
2. Il potere del Giudice delegato ordinare la cancellazione delle ipoteche
3. Gli atti di liquidazione del curatore come tipi di vendite forzate
4. Il subentro del curatore nel contratto preliminare di compravendita immobiliare come atto di liquidazione di un bene del patrimonio fallimentare

### 1. Posizione del problema

Ricorre spesso, nella prassi, il problema di sapere se il Giudice Delegato ha il potere di ordinare la cancellazione delle ipoteche gravanti sull'immobile oggetto di un contratto preliminare di compravendita nel quale il curatore fallimentare, debitamente autorizzato dagli organi della procedura, abbia deciso di subentrare. L'ipotesi che un bene immobile promesso in vendita dalla società *in bonis* risulti gravato da ipoteca è molto più frequente rispetto a quella in cui il bene immobile sia libero da vincoli pregiudizievoli; ed il riconoscimento di un siffatto potere in capo al Giudice Delegato appare spesso determinante per dare piena attuazione ai principi che sovrintendono le norme sui «fallimenti immobiliari» e gli art. 72 ss. 1. f. In altre parole, l'esclusione del potere del Giudice Delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche, nell'ipotesi di subentro del curatore nel preliminare di compravendita, non consentirebbe una tutela effettiva e reale del promissario acquirente - riconosciuta anche dalle Cass., SS.UU. 16 settembre 2015, n. 18131[1] - e sarebbe di ostacolo al-

la applicazione delle norme sui rapporti pendenti, atteso che il curatore non potrebbe vendere il bene come libero. Le tesi gravitano intorno a due poli, così sintetizzabili. Da un lato, si afferma che il subentro del curatore nel contratto preliminare di compravendita costituisce una modalità di liquidazione del bene che si attua indipendentemente dalla volontà del debitore: tale modalità di liquidazione è un tipo di vendita forzata, con la conseguenza che il Giudice delegato ha il potere di ordinare la cancellazione delle ipoteche[2]. Dall'altro, si sostiene che il trasferimento di proprietà in esecuzione delle obbligazioni contenute in un contratto preliminare non avrebbe finalità liquidatoria, bensì quella di dare attuazione al programma negoziale vincolante per le parti contraenti ed al quale la curatela è sottomessa (o per scelta, o perché costretta, allorquando si dice che la volontà di sciogliere il contratto preliminare non è opponibile al promissario acquirente: il subentro nel contratto preliminare, in questa prospettiva, non può mai essere qualificato come un atto di liquidazione di un cespite compreso nella massa fallimentare[3].

[1] La sentenza, pubblicata in *Foro it.*, 2015, I, 3488 con nota di FABIANI ed in *Fallimento*, 2015, 1284 con nota di BALESTRA *Trascrizione della domanda e potere del Curatore fallimentare: luci (e qualche ombra) nella decisione delle Sezioni Unite*, ha fissato il principio secondo cui la scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare di compravendita non è opponibile al promissario acquirente che ha trascritto la domanda giudiziale ante sentenza dichiarativa di fallimento ed ha ottenuto la sentenza ex art. 2932 c.c. dopo la dichiarazione di fallimento.

[2] Cass. 8.2.2017, n.3310, in *Dir. Fall.*, 2017, 3-4, 889; Trib. Verona 16.4.2014, in *Fallimento*, 2014, 7, 825; Trib. Varese, decreto, 16.11.2017 (RG n. 2732/2017), inedita

[3] Trib. Milano 21.9.2017, in <https://plusplus4diritto.ilsole24ore.com>. Tarzia Gio., *La sorte dell'ipoteca sull'immobile venduto dal curatore per subentro nel preli-*

## 2. Il potere del Giudice delegato ordinare la cancellazione delle ipoteche

Per addivenire alla soluzione del problema occorre chiarire, in via preliminare, quale sia la fonte del potere del Giudice Delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche. Qualora il programma di liquidazione, proposto dal curatore ed approvato dal Comitato dei Creditori[4], optasse per una vendita forzata di diritto comune (*ex art. 107, 2° comma, l. f.*), il bene venduto secondo le regole del codice di procedura civile verrebbe trasferito all'aggiudicatario ai sensi dell'*art. 586 c.p.c.* e il decreto di trasferimento conterrebbe l'ordine di cancellazione delle ipoteche. In questa ipotesi, il Giudice Delegato è il Giudice dell'esecuzione del patrimonio fallimentare e l'ordine di cancellazione delle ipoteche trova la propria fonte nelle norme sull'esecuzione forzata individuale.

La vendita forzata di diritto comune, tuttavia, non è il solo modello procedimentale utilizzabile per la liquidazione dei beni acquisiti alla massa fallimentare. L'*art. 107, 1° comma, l. f.* dispone che nel programma di liquidazione è possibile prevedere che il bene possa essere liquidato attraverso una procedura competitiva destinata a concludersi con un atto negoziale. In questi casi, ai sensi dell'*art. 108, 2° comma, l. f.*, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il Giudice Delegato ordina, con decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione[5].

La norma della *legge fallimentare*, quindi, sembrerebbe avere lo scopo di consentire il trasferimento di un bene purgato da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli tutte le volte in cui la liquidazione del bene avvenga attraverso forme diverse rispetto a quelle del codice di rito e il trasferimento sia conseguenza di un atto negoziale, non di un decreto di trasferimento. *Ratio* che troverebbe conferma nell'analogia previsione dell'*art. 13, comma 3°, l. n. 3/2012*

- per il piano del consumatore e l'accordo di ristrutturazione del sovraindebitato - e dell'*art. 14 novies, comma 3°, l. n. 3/2012* - per la procedura di liquidazione del sovraindebitato[6].

## 3. Gli atti di liquidazione del curatore come tipi di vendite forzate

Il potere del Giudice Delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche, e delle trascrizioni pregiudizievoli, è strettamente connesso con la natura di vendita forzata dell'atto di liquidazione[7]: se l'atto di liquidazione del curatore può essere inquadrato come una vendita forzata, allora il Giudice Delegato può ordinare la cancellazione delle ipoteche.

Sul punto, si è detto che gli atti del curatore sono sempre delle vendite coattive in quanto prevedono un iter autorizzativo[8]; o avvengono *invito domino*[9]; o, infine, si ritiene siano delle vendite coattive per il semplice fatto che si realizzano nel contesto della procedura concorsuale[10].

Al riguardo, assume carattere dirimente il rilievo che l'atto negoziale è posto in essere da un organo che non è proprietario del bene oggetto del trasferimento e che tale organo nemmeno agisce in forza di un potere conferito da chi ha il diritto di disporre del bene: il curatore è il soggetto che, in forza di una disposizione di legge, ha il potere di liquidare il patrimonio fallimentare; l'atto di trasferimento della proprietà, pertanto, prescinde dalla volontà del titolare del diritto[11]. Ne consegue che, qualunque sia la forma dell'atto di trasferimento, gli atti di liquidazione posti in essere dal curatore costituiscono degli atti traslativi della proprietà, dovendosi dare rilevanza alla natura del potere esercitato, non alle forme del suo esercizio. Argomento che viene utilizzato dalla giurisprudenza per riconoscere natura di vendita forzata alla transazio-

*minare stipulato dal fallito*, in *Dir fall.* 2017, p.890 ss.

[4] Per completezza, si rileva che il Giudice Delegato può autorizzare la vendita dei beni anche prima dell'approvazione del programma di liquidazione, ai sensi dell'*art. 104 ter, comma 7°, l.fall.*, qualora ciò possa comportare un pregiudizio per i creditori.

[5] In dottrina, v. M. Montanaro, in *Commentario alla legge fallimentare Cavallini*, sub art. 108, p. 1083.

[6] Cfr. Crivelli, *Cancellazione delle formalità ex art. 108 e "atti negoziali" del curatore*, in *Fallimento*, 2018 p. 1459.

[7] Tarzia Gio., *La sorte dell'ipoteca sull'immobile venduto dal curatore per subentro nel preliminare stipulato dal fallito*, in *Dir fall.* 2017, p.898 ss. ritiene, invece, che l'*art. 108, 2° comma, l. f.* trovi applicazione delle sole ipotesi di vendite competitive. V., altresì, Trib. Milano 21.9.2017, cit.

[8] Zanichelli, *Liquidazione dell'attivo e garanzie dell'aggiudicatario*, in *Fall.*, 2003, 877. Cass. 23.09.2003, n. 14103, in *Giust. civ.*, 2004, I, 78, in materia di vendite mobiliari, ove si è valorizzata la rilevanza, ai fini del trasferimento della proprietà, del pagamento del prezzo, non del consenso.

[9] P. Liccardo, G. Federico, *Commento sub art. 108 l. f.*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, 2007, II, 618.

[10] Cass. 16.05.2018, n. 11957.

[11] Questa la ragione per la quale le vendite poste in essere dai Commissari nell'amministrazione straordinaria sono delle vendite forzate. *Contra*, F. D'Aquino, R. Fontana, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Ferro (a cura di), Padova, 2007, 835.

ne traslativa di diritti[12] e, nel precedente sistema, in cui non era consentita la vendita a trattativa privata dei beni appartenenti alla massa fallimentare, per ammettere il trasferimento di proprietà del bene, oggetto della controversia che le parti intendono comporre, senza ricorrere ad una vendita all'incanto[13].

#### 4. I subentro del curatore nel contratto preliminare di compravendita immobiliare come atto di liquidazione di un bene del patrimonio fallimentare

Abbiamo tutti gli elementi per risolvere la nostra questione: il Giudice Delegato può ordinare la cancellazione allorquando si ritenga che il subentro del curatore nel contratto preliminare, e il successivo atto di trasferimento della proprietà, costituiscano delle modalità di liquidazione del patrimonio fallimentare[14]. La scelta del curatore di dare esecuzione al contratto preliminare non è ontologicamente diversa da qualunque altra attività di liquidazione dei beni acquisiti al patrimonio attivo del fallimento, atteso che il curatore (pubblico ufficiale a ciò deputato), al pari di qualsivoglia altro organo esecutivo, si sostituisce al debitore e in forza di un potere diverso da quello del proprietario del bene, trasferisce a terzi la titolarità del diritto sul bene promesso in vendita.

In senso contrario, si è detto che le vendite fallimentari sarebbero solo quelle previste dagli artt. 105 ss. l. f. e quelle che hanno i requisiti formali previsti da quelle norme[15], ma la collocazione tipografica della norma all'interno della *legge fallimentare* non pare possa risultare un argomento dirimente. Nel contempo, deve essere dimostrata, e non assunta a priori, la tesi che gli atti di liquidazione del patrimonio fallimentare siano solo quelli aventi determinati requisiti previsti dalla legge.

Sotto altro aspetto, l'argomento secondo cui il curatore che subentra nel contratto preliminare è tenuto ad adempiere a tutti gli obblighi contrattuali ivi previsti[16], compreso quello della cancellazione delle ipoteche, avrebbe conseguenze poco razionali. Il trasferimento di proprietà, in questa prospettiva avverrebbe secondo il regime delle vendite ordinarie: con le garanzie per vizi della cosa e con i requisiti previsti a pena di nullità dall'*artico-*

lo 40, 2° comma, della legge 28 febbraio 1985 n. 47 (che esclude solo i trasferimenti coattivi derivanti da procedure concorsuali), la cui violazione costituirebbe una fonte di eventuale responsabilità le cui conseguenze andrebbero allocate in prededuzione. Un curatore avveduto e prudente, di conseguenza, potrebbe essere portato ad escludere l'opzione economicamente più conveniente (che preveda il subentro nel preliminare, rispetto alla vendita forzata che porterebbe a ricavare un prezzo minore), ma che si presenta più stabile, senza alcun rischio di impugnazione e che lo esponga a responsabilità.

Non convince, infine, il rilievo che la qualificazione come «vendita fallimentare» del trasferimento conseguente al subentro nel preliminare si pone in contrasto con l'argomento fondante la tesi della opponibilità della sentenza *ex art. 2932 cod. civ.* ottenuta da un promissario acquirente in accoglimento di una domanda trascritta prima del fallimento[17]. La tesi si fonda su una equiparazione tra questa fattispecie e quella del subentro del curatore nel preliminare come frutto di una sua scelta tra le diverse modalità di liquidazione del bene, ma tale equiparazione non convince: l'effetto di sottrazione del bene dalla massa fallimentare con efficacia retroattiva è proprio della sola sentenza di accoglimento *ex art. 2932 c.c.* ed in ragione di tanto, correttamente, non deve conseguire alcun ordine di cancellazione delle ipoteche. Nel caso di subentro del curatore nel preliminare, invece, il bene resta acquisito alla massa fallimentare e il trasferimento di proprietà non avverrebbe con effetto retroattivo (come nell'ipotesi della sentenza), ma costituirebbe un vero e proprio atto di liquidazione.

Tra le due opzioni, in ultima analisi, quella che attribuisce il potere al Giudice di Delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche è quella che sembra essere più in linea con lo spirito della legge. Se la *ratio* delle norme sul contratto preliminare pendente è quella di dare tutela al promissario acquirente, impedire al Giudice Delegato di provvedere alla cancellazione delle ipoteche significherebbe, sul piano pratico, escludere l'applicabilità della normativa predetta nel caso più frequente, cioè quello del contratto preliminare avente ad oggetto un immobile ipotecato.

[12] Trib. Messina 11.04.2018, in *Fall.*2018, 1456.

[13] Cass. 14.10.2008, n. 25136; Cass. 10.05.2017, n. 11464; Cass. 23.12.2016, n. 26954.

[14] Cass.8.02.2017, n. 3310, cit.

[15] Trib. Milano 21.9.2017, cit.

[16] Trib. Milano 21.9.2017, cit.

[17] Tarzia Gio., cit., 898, ss.

## ESECUZIONE FORZATA: IL PUNTO OGGI

# Le ultime novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 135 del 2018 convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12

Concetta Marino

del 11 aprile 2019

### Sommario

1. Continua l'«urgenza» per riformare il processo esecutivo
2. Il nuovo art. 560 c.p.c.
3. L'immobile pignorato adibito ad abitazione del debitore non può essere liberato
4. Diversa è la sorte dell'immobile non abitato dal debitore esecutato
5. Il nuovo ruolo del custode
6. L'autorizzazione a locare l'immobile pignorato
7. Il diritto di visita dell'immobile dei potenziali acquirenti è mantenuto, ma con qualche modifica
8. I casi in cui il giudice ordina la liberazione anticipata dell'immobile
9. Le ulteriori modifiche al processo esecutivo: nuovi incentivi al debitore che intenda beneficiare della conversione del pignoramento

### 1. Continua l'«urgenza» per riformare il processo esecutivo

Ancora una volta, ed a sorpresa, il nostro legislatore interviene sul processo esecutivo con una riforma che riguarda tre articoli del codice di rito contenuta nel D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12 e lo fa utilizzando impropriamente la decretazione d'urgenza ad efficacia differita (successiva cioè alla pubblicazione della legge di conversione), in spregio ai presupposti costituzionali di necessità e urgenza, secondo quella che sta ormai divenendo una cattiva abitudine del nostro legislatore. Inoltre è in sede di conversione che l'art. 560 c.p.c. viene sostanzialmente riscritto.

Ma procediamo con ordine. Il decreto legge n. 135 è rubricato “Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione”. Se leggessimo le riforme che sono state apportate al processo esecutivo dall'art. 4, specie dopo la conversione in legge, non comprenderemo la ragione di una riforma ricompresa in un decreto legge così intitolato. La sorpresa poi si trasforma in sbigottimento leggendo proprio la rubrica dell'art. 4, dedicato alle riforme di cui intendiamo occuparci, che recita così: “Modifiche al codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata nei con-

fronti dei soggetti creditori della pubblica amministrazione”, che è rimasta invariata sebbene l'unico riferimento ai creditori delle pubbliche amministrazioni fosse contemplato nel secondo comma dell'art. 4 del d.l. che in sede di conversione è stato integralmente modificato ed oggi non contempla più alcun riferimento ai creditori delle pubbliche amministrazioni. Insomma la legge di conversione ci ha consegnato un articolo 4 il cui contenuto è assolutamente discordante dalla sua rubrica.

Per chiarezza espositiva ricordo brevemente che il comma 2 dell'art. 4 del d.l. n. 135 prevedeva l'aggiunta di due nuovi periodi al comma 2 dell'art. 560 c.p.c. che avrebbero consentito al debitore, assoggettato ad una procedura espropriativa immobiliare, la possibilità di non subire l'ordine di rilascio dell'immobile pignorato, se non in una data compresa tra il sessantesimo e il novantesimo giorno successivo a quello della pronuncia del decreto di trasferimento del bene, se fosse stato in grado di documentare di essere titolare di crediti nei confronti di pubbliche amministrazioni certificati e risultanti dalla piattaforma elettronica per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, per un ammontare complessivo pari o superiore all'importo dei crediti vantati dal creditore precedente e dai creditori intervenuti. Di questa disposizione erano



state già evidenziate le incongruenze e ne era stato auspicato lo stralcio<sup>[1]</sup>, che invero avviene in sede di conversione in cui il legislatore, come anticipato, sceglie di riscrivere l'art. 560 c.p.c. ignorando proprio l'unica modifica che avrebbe giustificato l'inserimento dell'art. 4 nel d.l. n. 135. Infatti, alla ridotta portata applicativa del decreto legge, che consentiva soltanto ad una ristretta categoria di debitori di beneficiare del rinvio della liberazione dell'immobile ad un momento successivo al decreto di trasferimento, si sostituisce una previsione di carattere generale che estende questo beneficio alla generalità dei debitori che abitino l'immobile pignorato.

Come abbiamo già anticipato l'art. 4 contempla la riforma degli articoli 495, 560 e 569 del codice di procedura civile. Iniziamo ad esaminare la riforma più dirimpente, che è proprio quella apportata alla disciplina delle modalità della custodia.

## 2. Il nuovo art. 560 c.p.c.

L'art. 560 c.p.c., del quale riportiamo per esteso l'attuale versione, recita così:

«Il debitore e il terzo nominato custode debbono rendere il conto a norma dell'articolo 593.

Il custode nominato ha il dovere di vigilare affinché il debitore e il nucleo familiare conservino il bene pignorato con la diligenza del buon padre di famiglia e ne mantengano e tutelino l'integrità.

Il debitore e i familiari che con lui convivono non perdono il possesso dell'immobile e delle sue pertinenze sino al decreto di trasferimento, salvo quanto previsto dal sesto comma.

Il debitore deve consentire, in accordo con il custode, che l'immobile sia visitato da potenziali acquirenti.

Le modalità del diritto di visita sono contemplate e stabilite nell'ordinanza di cui all'articolo 569.

Il giudice ordina, sentiti il custode e il debitore, la liberazione dell'immobile pignorato per lui ed il suo nucleo familiare, 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'immo-

bile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare. Al debitore è fatto divieto di dare in locazione l'immobile pignorato se non è autorizzato dal giudice dell'esecuzione.

Fermo quanto previsto dal sesto comma, quando l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento ai sensi dell'articolo 586».

Dopo la recentissima riforma rimane invariato soltanto il primo comma. Infatti anche il divieto per il debitore e il custode di dare in locazione l'immobile pignorato senza l'autorizzazione del giudice dell'esecuzione, prescritto nel secondo comma già nella versione originale dell'articolo in esame, viene circoscritto unicamente al debitore e spostato al settimo comma. Per il resto l'articolo viene interamente riscritto.

Il legislatore del 2019 con un colpo di spugna vanifica le modifiche apportate alla disciplina delle modalità della custodia con le riforme che si sono susseguite dal 2005 fino al 2016<sup>[2]</sup>, con le quali, recependo le prassi virtuose adottate da alcuni uffici giudiziari, specialmente quelli di Monza e Bologna, il legislatore aveva ripensato al ruolo del custode, valorizzandolo e attribuendogli ampi compiti di gestione anche durante la fase liquidativa. Al fine poi di rendere più appetibile sul mercato delle vendite immobiliari il bene pignorato, le riforme precedenti avevano previsto una liberazione anticipata dell'immobile pignorato, da compiersi proprio a cura del custode, fuorché nelle ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione avesse autorizzato il debitore a continuare ad abitarlo. In tale ultimo caso l'ordine di liberazione sarebbe stato reso unitamente al provvedimento di aggiudicazione.

L'intento era chiaramente quello di consegnare all'acquirente il bene immobile aggiudicato libero da persone e da cose, sì da renderlo più appetibile nel mercato delle vendite. Proprio al fine di facilitare la liberazione dell'immobile da beni mobili che lo occupassero, con la riforma del 2016 era stato anche introdotto un meccanismo agevole per l'asporto di beni e documenti presenti nell'immobile, su intimazione del custode da compiersi in un termine non inferiore a trenta giorni a cura della parte tenuta al rilascio ovvero del soggetto cui i beni o i documenti risultavano

[1] Questo l'auspicio di Finocchiaro G., «I nuovissimi mostri» nelle modifiche al c.p.c. del decreto semplificazioni, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it). Di previsione irragionevole e di dubbia costituzionalità parlava P. Farina, In difesa dell'art. 560 c.p.c. e dell'ordine di liberazione cd. anticipato, in [www.ilproccssocivile.it](http://www.ilproccssocivile.it).

[2] Ricordiamo che l'art. 560 c.p.c. è stato modificato dapprima dal d.l. 14 marzo 2005, n.35 conv. con modif. in l. 14 maggio 2005, n. 80. Dunque dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263 ed infine dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59 conv. con modif. nella l. 30 giugno 2016, n. 119.

appartenere. Qualora poi l'intimazione fosse rimasta inesorata, sarebbe stato lo stesso custode ad occuparsi della distruzione o comunque del loro smaltimento. Anche questa disposizione dell'art. 560, comma 4 c.p.c. scompare dalla nuova norma facendo riemergere dubbi, già noti, circa la sorte di questi beni.

Procedendo ad un'analisi del nuovo art. 560 c.p.c. ci accorgiamo immediatamente che, ponendosi in controtendenza rispetto alle precedenti modifiche, il novello legislatore, alla regola per cui il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto disporre la liberazione dell'immobile pignorato, sostituisce, al terzo comma, quella per cui "il debitore e i familiari che con lui convivono non perdono il possesso dell'immobile e delle sue pertinenze sino al decreto di trasferimento". Occorre sin d'ora rilevare la singolarità del riferimento ai familiari conviventi con il debitore esecutato (che nel proseguo della norma diventeranno il suo nucleo familiare), quali soggetti che insieme all'esecutato continueranno a godere del bene curandone la conservazione. Invero soltanto nella versione originaria dell'art. 560 c.p.c. si faceva riferimento alla famiglia del debitore per individuare la porzione dell'immobile che il giudice avrebbe autorizzato ad abitare per soddisfare i loro bisogni. Il riferimento ai familiari del debitore esecutato, che compare in ben quattro commi sui complessivi otto di cui si compone l'articolo, non è opportuno, non solo per gli equivoci che può generare, ma anche perché finisce per far gravare su di essi doveri cui non sarebbero tenuti, quali quelli scaturenti dalla custodia del bene, così come dispone oggi l'art. 560, comma 2 c.p.c.

### 3. L'immobile pignorato adibito ad abitazione del debitore non può essere liberato

Tornando al terzo comma dell'art. 560 c.p.c., per comprenderne l'effettiva portata innovativa esso va letto in combinato disposto con il 6° comma, a mente del quale il giudice dell'esecuzione sentiti il custode e il debitore ordina "la

liberazione dell'immobile pignorato per lui e per il suo nucleo familiare, 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". Soffermandoci proprio su quest'ultima previsione, l'impressione per cui sia ormai la regola quella per cui il giudice dell'esecuzione ordinerà la liberazione dell'immobile dopo la pronuncia del decreto di trasferimento, si attenua.

Se anteriormente alla recentissima riforma il debitore avrebbe dovuto essere autorizzato ad abitare l'immobile dal giudice dell'esecuzione<sup>[3]</sup>, oggi tale autorizzazione non è più necessaria qualora il debitore e i suoi familiari siano già in possesso dell'immobile pignorato e, così come puntualizzato nel comma 6, lo abitino al momento del pignoramento<sup>[4]</sup>. Diversamente, qualora l'immobile non sia abitato dal debitore esecutato, il giudice dell'esecuzione dovrà ordinarne la liberazione, anche nell'ipotesi in cui ad occuparlo fossero soltanto i suoi familiari.

Insomma anche dopo la riforma del 2019 l'immobile pignorato non abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare deve essere liberato<sup>[5]</sup>. Ciò non toglie che la nuova previsione segna un cambio di prospettiva. L'ordine di liberazione anticipata dell'immobile pignorato non costituisce più la regola, da contravvenire unicamente nell'ipotesi in cui il debitore fosse stato autorizzato a continuare ad abitare l'immobile pignorato.

Ulteriore rilevante novità è che il rilascio dell'immobile abitato dal debitore sarà disposto, non più al momento dell'aggiudicazione, ma solo dopo il decreto di trasferimento, così come vuole l'art. 560, comma 3 e come ribadito nell'ottavo comma dell'art. 586 c.p.c. Si tratta di previsioni che vorrebbero favorire il debitore bisognoso<sup>[6]</sup>, ma che, generalizzando il godimento dell'immobi-

[3] Il quale, lo ricordiamo, avrebbe potuto concedere tale autorizzazione senza bisogno di specifici motivi e senza che fosse necessario uno stato di bisogno del debitore.

[4] Qualora il bene non fosse abitato dal debitore esecutato, ma costituisse l'unico bene immobile nel suo patrimonio, per esigenze umanitarie si potrebbe autorizzare il debitore ad abitare l'immobile non occupato. In tal caso l'autorizzazione tornerebbe ad essere necessaria.

[5] Invero ciò si pone in linea con quanto già disposto nel 2° comma dell'art. 559 c.p.c. in cui è prescritta la nomina di un custode diverso dal debitore nell'ipotesi in cui l'immobile pignorato non sia occupato dal debitore, sebbene il coordinamento tra le due norme, come avremo modo di evidenziare infra, pone qualche dubbio interpretativo.

[6] Basti al riguardo leggere l'intervento del senatore Paragone che ha proposto l'emendamento in forza del quale è stato sostituito l'art. 560 c.p.c. (riportato nel resoconto stenografico della seduta del Senato della Repubblica dello scorso 28 gennaio, riferito da Finocchiaro, La conversione del decreto semplificazioni: riscritto integralmente l'art. 560 c.p.c., in [www.quotidiano.giuridico.it](http://www.quotidiano.giuridico.it)), per giustificare il quale si fa proprio riferimento allo stato di estremo bisogno in cui verserebbero i debitori le cui sofferenze si aggraverebbero qualora questi dovessero lasciare l'immobile pignorato prima della sua vendita all'asta, senza ricordare che finora

le da parte di qualsiasi debitore che lo abiti, indipendentemente dalla sua reale situazione economica, finisce per favorire indiscriminatamente i debitori, pregiudicando i creditori. È indubbio che un bene libero da persone e da cose è più appetibile. Senz'altro più ragionevole, e più in linea con le finalità e l'efficienza dell'esecuzione forzata, era la norma laddove attribuiva al giudice dell'esecuzione la possibilità di valutare la complessiva situazione economica del debitore, autorizzandolo, se del caso, a continuare ad abitare l'immobile pignorato, considerando anche la compatibilità di tale scelta con le finalità liquidatorie della procedura espropriativa<sup>[7]</sup>.

Viene anche soppressa la previsione di una liberazione dell'immobile a cura del custode che, secondo la previsione dell'art. 560, comma 3 c.p.c. ormai abrogata, il giudice dell'esecuzione avrebbe ordinato al più tardi al momento dell'aggiudicazione o dell'assegnazione. Ormai la liberazione dell'immobile abitato dal debitore è postergata al decreto di trasferimento e in tali ipotesi solo qualora il debitore o i suoi familiari contravvenissero agli obblighi posti a loro carico, tra cui quello di garantire la conservazione e l'integrità dell'immobile, il giudice dell'esecuzione ne ordinerà la liberazione anticipata.

#### 4. Diversa è la sorte dell'immobile non abitato dal debitore esecutato

Leggendo il terzo comma dell'art. 560 c.p.c. ci accorgiamo che nessun riferimento è fatto all'uso abitativo dell'immobile del quale l'esecutato e i suoi familiari manterrebbero il possesso sino al decreto di trasferimento.

Si pensi all'ipotesi di un immobile adibito ad attività imprenditoriale. In tal caso qualora l'immobile fosse già in possesso del debitore non dovrebbe esserne disposto il rilascio, stante la previsione in esame. Ciò significa che il debitore esecutato potrà continuare a svolgerci la sua attività d'impresa, garantendone la produttività.

Questo è quanto si ricaverebbe dalla lettura del nuovo art. 560 comma 3 c.p.c. Il condizionale però è d'obbligo, perché leggendo il sesto comma della medesima disposizione si apprende che il legislatore impone al giudice dell'esecuzione di ordinare la liberazione dell'immobile pignora-

to ogniqualvolta non sia abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare. Dunque anche nell'ipotesi poco prima esaminata, nonostante il disposto del terzo comma, il giudice dell'esecuzione, dopo aver sentito il custode e il debitore, ordina la liberazione dell'immobile non abitato dal debitore. Per questa categoria di immobili, insomma, la norma si contraddice ed impone uno sforzo esegetico per giungere ad una soluzione ragionevole<sup>[8]</sup>.

Ciò che appare chiaro è l'intento del novello legislatore di assicurare al debitore esecutato ed ai suoi familiari il beneficio di continuare ad abitare l'immobile pignorato escludendone la liberazione, meno chiaro invece è il destino degli altri tipi di immobili.

Invero, a dispetto di quanto disposto nel terzo comma, probabilmente il legislatore anche in questa previsione intendeva fare riferimento al possesso esercitato da chi comunque abita l'immobile. In tal senso sembrerebbe deporre il riferimento ai familiari conviventi. Inoltre, se così non fosse, non si comprenderebbe la previsione del sesto comma per cui il giudice dell'esecuzione debba ordinare la liberazione dell'immobile non abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare. Se dovessimo propendere per questa interpretazione, ancora oggi il giudice dell'esecuzione deve ordinare la liberazione anticipata dell'immobile pignorato, fuorché nell'ipotesi in cui l'immobile sia abitato dal debitore e dai suoi familiari, nel qual caso questi continueranno ad abitarlo senza che sia necessaria alcuna specifica autorizzazione. Ciò ovviamente sarà possibile per uno solo degli immobili eventualmente facenti parte del patrimonio del debitore, che dovrebbe coincidere con quello in cui è la sua residenza anagrafica.

Rimane fermo che qualora l'immobile fosse abitato da soggetti diversi dal debitore il giudice dell'esecuzione ne ordinerà la liberazione, e questo anche quando l'immobile sia nel possesso del debitore, ma non sia destinato ad uso abitativo o comunque non sia destinato a tale uso in modo specifico e continuativo.

Il 6° comma prescrive che anche in questo caso l'ordine di liberazione debba essere preceduto dall'ascolto del custode e del debitore<sup>[9]</sup>. Al riguardo forse sarebbe stato preferibile fare riferimento all'ascolto delle parti e degli altri

è sempre stato riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di consentire al debitore che versi in stato di bisogno di continuare ad abitare l'immobile.

[7] Al riguardo va ricordato che in un'ottica efficientista tra le indicazioni contenute nella Circolare del C.S.M. 11 ottobre 2017, n. 12, si suggeriva di anticipare l'ordinanza di liberazione al momento in cui il giudice dell'esecuzione avrebbe pronunciato l'ordinanza di vendita ai sensi dell'art. 569 c.p.c.

[8] Così già Finocchiaro, *La conversione del decreto semplificazioni*, cit.

[9] Anteriormente a tale esplicita previsione, la necessità del rispetto del contraddittorio era sostenuta prevalentemente in dottrina e giurisprudenza. Diversamente però Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 2015, 1488, la quale riteneva che il provvedimento potesse essere reso in assenza di contraddittorio con la parte intimata.

interessati, sì da ricomprendere anche il creditore, il quale potrebbe avere interesse a che il debitore mantenga il possesso dell'immobile pignorato.

Insomma il nuovo art. 560 c.p.c. distingue tra immobili pignorati destinati all'abitazione del debitore e dei suoi familiari ed immobili destinati ad un uso diverso, per i quali dovrà essere disposta la liberazione anticipata.

Lo specifico riferimento ad immobili destinati o meno all'uso abitativo del debitore dimostra che il legislatore ignora le ipotesi in cui il debitore non sia una persona fisica<sup>[10]</sup>.

### 5. Il nuovo ruolo del custode

La permanenza in capo al debitore esecutato del possesso dell'immobile che abita lo rende responsabile della conservazione ed amministrazione del bene, cui secondo la previsione dell'art. 560, comma 5 c.p.c. ante riforma avrebbe dovuto provvedere il custode, previa autorizzazione del giudice<sup>[11]</sup>.

Il nuovo art. 560 c.p.c. prescrive piuttosto al comma 2 che il custode vigila "affinché il debitore e il nucleo familiare conservino il bene pignorato con la diligenza del buon padre di famiglia e ne mantengano e tutelino l'integrità", costituendo la cura del bene pignorato un presupposto per una sua vendita fruttuosa. La collocazione di questa previsione, che precede l'attuale comma 3 in cui è disposto che il debitore e i familiari conviventi non perdono il possesso dell'immobile, potrebbe lasciarci intendere che la regola è quella per cui gli obblighi di conservazione del bene pignorato gravano sempre sul debitore esecutato, anche quando l'immobile non sia nella sua disponibilità.

Non possiamo però dimenticare che le modifiche apportate con le precedenti riforme alla custodia erano dipese principalmente dal disinteresse manifestato dal debitore nella cura dell'immobile pignorato che ormai sa di dover perdere, inducendo a preferire quale custode un soggetto estraneo alla procedura esecutiva, certo più attento alle esigenze di conservazione e amministrazione dell'immobile pignorato.

La nuova previsione sembrerebbe non tener conto di que-

sto dato, finendo per ridimensionare significativamente il ruolo del custode giudiziario chiamato soltanto a compiti di mera vigilanza dell'operato del debitore e dei suoi familiari. Si ha l'impressione che il nuovo legislatore abbia voluto arrestare l'evoluzione messa in atto dalle precedenti riforme, che ci avevano consegnato un istituto della custodia profondamente cambiato rispetto al passato ed attento alla cura del bene pignorato, da collocare sul mercato delle vendite in modo competitivo.

Non mi sembra che la scelta di ridimensionare così significativamente il ruolo del custode giudiziario sia da condividere. Invero, gravare il debitore che continui ad abitare l'immobile pignorato dell'obbligo di conservarlo, mantenerlo e tutelandone l'integrità, potrebbe avere un senso considerando l'interesse del debitore a mantenere in buono stato l'immobile in cui abita. Questa scelta avrebbe potuto avere il pregio di evitare i costi della custodia per la procedura, considerando che il debitore, già costituito custode al momento del pignoramento, non ha diritto ad alcun compenso. Non è stata questa però la scelta del legislatore del 2019 che ha preferito mantenere, anche in queste ipotesi, la custodia in capo ad un soggetto diverso dal debitore, esautorandolo però dei suoi compiti ordinari, attribuendogli soltanto quello di vigilare... sull'andamento della custodia<sup>[12]</sup>. Insomma, la nomina di un custode, privato degli obblighi derivanti dal suo ruolo e retrocesso a mero controllore, potrebbe apparire diseconomica, se non fosse che la sua presenza torna ad essere utile per scongiurare condotte ostruzionistiche dell'esecutato quando si tratti di pianificare le visite dei potenziali acquirenti in accordo con il debitore, il quale, si sa, non ha alcun interesse ad invogliare i terzi all'acquisto del suo bene in sede esecutiva.

La scelta di mantenere il custode giudiziario accanto al debitore è comunque imposta dall'immutato art. 559 c.p.c., che al comma 4 prescrive la sostituzione del debitore nella custodia del bene pignorato, da attribuire al delegato alle vendite o all'istituto vendite giudiziarie, nel momento in cui il giudice autorizza la vendita del bene pignorato, salvo che lo stesso ritenga che la sostituzione

[10] In tal senso Vitone, *Analisi del nuovo art. 560 c.p.c. in seguito alla legge 11 febbraio 2019, n. 12*, in [www.lanuovaproceduracivile.com](http://www.lanuovaproceduracivile.com), § 10 e Finocchiaro, op. ult. cit.

[11] Ricordiamo la previsione dell'art. 560, comma 5 c.p.c. a mente della quale: "il custode provvede in ogni caso, previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, all'amministrazione e alla gestione dell'immobile pignorato ed esercita le azioni previste dalla legge e occorrenti per conseguirne la disponibilità".

[12] Sui rischi della nomina di un custode diverso dal debitore, sul quale però continuo ad incombere i doveri del custode, v. G. Finocchiaro, op. ult. cit., il quale ricordando il disposto dell'art. 388, commi 5 e 6 c.p. pone in evidenza come le nuove disposizioni finiscano per ridurre la tutela penale per la conservazione del bene pignorato, finendo per deresponsabilizzare sia il custode giudiziario che il debitore-custode.

non abbia utilità<sup>[13]</sup>. La scelta di una sostituzione del debitore nella custodia a partire dal momento in cui l'esecuzione entra nella fase liquidativa risponde(va) ad esigenze di trasparenza, efficienza e proficuità di tale fase.

Rimane fermo che qualora l'immobile non sia occupato dal debitore, a mente dell'art. 559, comma 2 c.p.c. il giudice provvede a nominare custode una persona diversa dal debitore, già anteriormente all'avvio della fase liquidativa<sup>[14]</sup>. In tale ipotesi l'attuale previsione normativa non chiarisce su chi incombono gli obblighi della custodia. Considerando che senza il possesso - diretto o indiretto - del bene la custodia assumerebbe carattere irrealistico<sup>[15]</sup>, qualora il bene immobile non sia occupato dal debitore, essendo libero oppure occupato da terzi, l'obbligo di conservazione e gestione del bene graverà sul custode già nominato ai sensi dell'art. 559, comma 3 c.p.c., il quale, a mio sommo modo di vedere, continuerà a compiere tutte le attività necessarie a mantenere la piena integrità del bene e la sua utilità economica anche dopo l'avvio della fase liquidativa. Ciò è quanto si ricava dalla norma di carattere generale in cui si legge che "La conservazione e l'amministrazione dei beni pignorati [...] sono affidate a un custode, quando la legge non dispone altrimenti" (art. 65 c.p.c.), attività alle quali egli dovrà attendere con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 67, comma 2 c.p.c.). Al ricorrere di una simile evenienza non mi sembra che possa trovare applicazione l'art. 560, comma 2 c.p.c. Insomma anche con riferimento alla custodia del bene pignorato ed ai compiti conferiti al custode giudiziario bisogna distinguere se l'immobile è o meno destinato ad abitazione del debitore esecutato.

Riassumendo e tentando di dare un'interpretazione sistematica alle disposizioni in esame, dovremmo ritenere che qualora il debitore occupi l'immobile e continui ad abitarlo, il dovere esplicitamente prescritto dall'art. 560, comma 2 c.p.c. a carico del custode giudiziario sia quello di vigilanza sull'operato del debitore e dei suoi familiari, tenuti al compimento delle attività volte alla conservazione

dell'immobile pignorato, di cui devono mantenere e tutelare l'integrità. A quest'ultimo riguardo, la scelta del legislatore di riferire alla diligenza del buon padre di famiglia l'osservanza dell'obbligo di mantenimento in buono stato dell'immobile pignorato, cui fa riferimento anche l'art. 67 c.p.c. nel sancire la responsabilità del custode giudiziario resosi inadempiente ai propri doveri, costituisce un ulteriore argomento a riprova che i doveri che incombono sul debitore e sui suoi familiari sono proprio quelli riconducibili alla custodia. Qualora però il debitore esecutato contravvenisse a tali doveri la conseguenza sarà il rilascio anticipato dell'immobile che il giudice disporrà, presumibilmente, su segnalazione del custode-vigilante. Diversamente quando il custode giudiziario sia già stato nominato anteriormente all'avvio della fase liquidativa, trattandosi di un bene non occupato dal debitore, gli obblighi di conservazione e gestione del bene continueranno a gravare su di lui.

L'abrogazione della previsione per cui l'attività del custode, funzionale alla conservazione e all'amministrazione dell'immobile pignorato, dovesse essere autorizzata dal giudice dell'esecuzione deve indurci a ritenere oggi non più necessaria tale autorizzazione, sia che la custodia spetti al debitore ovvero ad un terzo. Non va dimenticato però che il potere di vigilanza della procedura esecutiva permane per tutta la sua durata in capo al giudice dell'esecuzione. Pertanto, pur ritenendo ormai superflua l'autorizzazione del giudice per il compimento di atti di ordinaria amministrazione<sup>[16]</sup>, per quelli invece di straordinaria amministrazione l'autorizzazione potrebbe, prudentemente, ritenersi ancora necessaria, quale manifestazione appunto del potere di vigilanza del giudice. In tal caso, pur non essendo previsto, dovrebbe essere lo stesso custode, sia esso il debitore o un terzo, ad attivarsi per ottenere l'autorizzazione al compimento di tali attività. Riterrei altresì necessaria l'autorizzazione del giudice qualora si dovesse intraprendere un'azione giudiziaria a tutela del bene custodito. Infatti, in mancanza ormai di

<sup>[13]</sup> Utilità che potrebbe non presentarsi quando la particolare natura del bene da vendere renda inutile la sostituzione del custode, come nel caso in cui si tratti di un terreno fabbricabile per il quale non vi sono esigenze di conservazione e amministrazione, né di esame da parte dei potenziali acquirenti. In tal caso la custodia permarrà in capo al debitore. Trattandosi di una previsione piuttosto elastica, qualora il debitore abiti l'immobile il giudice dell'esecuzione potrebbe ritenere non utile la nomina di un custode terzo rispetto al debitore cui spettano già gli obblighi inerenti alla custodia del bene staggito.

<sup>[14]</sup> Si tratta di una situazione accertata dal perito stimatore ai sensi dell'art. 173-bis, n. 3 disp. att. c.p.c. La sostituzione nella custodia si avrà anche quando il debitore-custode non osservi gli obblighi su di lui incombenti oppure quando ne faccia istanza il creditore procedente o altro creditore intervenuto.

<sup>[15]</sup> Così Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, Commentario al codice di procedura civile, Torino, 2013, 967.

<sup>[16]</sup> Si risolverebbe così il dubbio suscitato dall'ormai abrogato 5° comma dell'art. 560 c.p.c. in cui era contemplato un generico riferimento alla previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione per l'attività di amministrazione e gestione del custode, che aveva indotto a non distinguere tra attività di ordinaria e straordinaria amministrazione.

alcun riferimento alla legittimazione del custode all'esercizio delle azioni previste dalla legge e occorrenti a conseguire la disponibilità del bene pignorato<sup>[17]</sup>, non può non attribuirsi al custode giudiziario la legittimazione ad agire in tutte le controversie concernenti la conservazione e l'ordinaria amministrazione dei beni non occupati dal debitore e dei quali egli continua a mantenere la custodia iniziata ancor prima dell'avvio della fase liquidativa.

### 6. L'autorizzazione a locare l'immobile pignorato

L'attuale previsione dell'art. 560 c.p.c. dovrebbe implicare una modifica dell'art. 171 disp. att. c.p.c. in cui ancora oggi si legge che le autorizzazioni al debitore ed al custode previste dall'art. 560 c.p.c. sono date dal giudice dell'esecuzione dopo aver sentito le parti. Infatti, nonostante le considerazioni poco sopra compiute circa la necessità dell'autorizzazione del giudice per il compimento atti di straordinaria amministrazione o per l'esercizio di azioni giudiziarie a tutela del bene pignorato, oggi l'unica autorizzazione cui fa menzione l'art. 560 c.p.c. è prevista nel comma 7 e riguarda esclusivamente il debitore che intenda dare in locazione il bene pignorato. Se vogliamo valorizzare questa scelta del novello legislatore, e non attribuirgli ad una mera dimenticanza, dovremmo ritenere che il custode giudiziario sia ormai libero di locare l'immobile anche senza l'autorizzazione del giudice<sup>[18]</sup>. A mio sommo modo di vedere però tale autorizzazione non dovrebbe mancare anche qualora a locare il bene fosse il custode, rientrando nella competenza del giudice la valutazione sull'opportunità di servirsi del bene pignorato per renderlo produttivo di una rendita.

Non possiamo non rilevare invece la singolarità di questa previsione laddove attribuisce al debitore il potere di dare in locazione l'immobile pignorato. Invero, considerando che gli immobili pignorati oggi vanno distinti tra quelli adibiti ad abitazione del debitore e quelli non in uso al debitore, relativamente ai quali il giudice deve ordinarne la liberazione, l'unica ipotesi in cui sembrerebbe consentito al debitore di dare in locazione il bene pignorato e quan-

do lo abiti. Il che potrebbe apparire paradossale, a meno che non si dimostri che questa operazione possa essere vantaggiosa per la procedura esecutiva<sup>[19]</sup>. È evidente che in tal caso il canone di locazione dovrà essere destinato proprio alla procedura esecutiva, né potrebbe ritenersi diversamente, sebbene l'art. 560 c.p.c. riconosca al debitore il mantenimento del possesso del bene pignorato<sup>[20]</sup>.

### 7. Il diritto di visita dell'immobile dei potenziali acquirenti è mantenuto, ma con qualche modifica

Il legislatore del 2019 ha opportunamente mantenuto la possibilità per chi è interessato a presentare offerte di esaminare i beni in vendita. Quanto al diritto di visita dei potenziali acquirenti, il nuovo testo dell'art. 560 c.p.c. vi dedica i commi 4 e 5, nei quali è prescritto, laconicamente, che "il debitore deve consentire, in accordo con il custode, che l'immobile sia visitato da potenziali acquirenti" e che "le modalità del diritto di visita sono contemplate e stabilite nell'ordinanza di cui all'art. 569 c.p.c.", mentre nel comma 6 è disposto che qualora il debitore ed il suo nucleo familiare dovessero ostacolare il diritto di visita, il giudice ordinerà la liberazione dell'immobile che, in questa previsione, va considerata alla stregua di una sanzione da infliggere al debitore che continua ad abitare l'immobile, ma che poi si rifiuta di collaborare per favorirne la vendita forzata<sup>[21]</sup>.

Per ciò che attiene alla possibilità riconosciuta ai potenziali acquirenti di esaminare i beni in vendita, il legislatore del 2019 ha scelto di eliminare la previsione che nel comma 5 dell'art. 560 c.p.c., così come modificato nel 2016, aveva proceduralizzato il diritto degli offerenti di prendere visione dell'immobile, in forza della quale la richiesta avrebbe dovuto essere formulata mediante il portale delle vendite pubbliche, da rendere nota unicamente al custode, il quale si sarebbe dovuto adoperare per far visitare l'immobile entro quindici giorni dalla richiesta e secondo modalità tali da garantire la riservatezza degli offerenti, evitando alcun contatto tra loro. Nonostante questa abrogazione la genericità del nuovo l'art. 560 c.p.c.

[17] Che, lo ricordiamo, era esplicitamente prescritta nel quinto comma dell'art. 560 c.p.c.

[18] Come ritenuto da Vitone, op. cit., § 5. In tal senso anche Finocchiaro, op. ult. cit.

[19] Si pensi all'ipotesi in cui il debitore scelga di abitare solo una parte dell'immobile.

[20] Dubbi vengono manifestati al riguardo da Giordano, Note in punta di penna sul nuovo art. 560 c.p.c., in [www.ilprocessocivile.it](http://www.ilprocessocivile.it), la quale pur ipotizzando che i frutti civili potrebbero essere acquisiti dallo stesso debitore in forza del mantenimento del possesso del bene pignorato, esclude poi tale evenienza considerando che anche il debitore è obbligato al rendiconto.

[21] Come è stato opportunamente rilevato, oggi l'ordine di liberazione dell'immobile si è trasformato in una misura sanzionatoria "per colpire l'esecutato che non presti la dovuta collaborazione alla vendita della propria abitazione". In tal senso Fanticini. Il nuovo ordine di liberazione, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it).

lascia ampio spazio alla discrezionalità del giudice dell'esecuzione, che nell'ordinanza con cui autorizza la vendita, dovendo stabilire le modalità con cui il custode deve adoperarsi per consentire agli interessati di visitare l'immobile, potrebbe recuperare quanto precedentemente disposto nell'art. 560 c.p.c., imponendo ai custodi di rispettare una cadenza temporale negli accessi, sì da garantire l'assenza di contatti tra i potenziali acquirenti.

### 8. I casi in cui il giudice ordina la liberazione anticipata dell'immobile

Quanto poi alle ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione ordinerà la liberazione dell'immobile pignorato, a quella poco sopra esaminata conseguente alla condotta irrispettosa del debitore che abbia ostacolato il diritto di visita dei potenziali acquirenti, si aggiunge quella prescritta, sempre con funzione sanzionatoria, qualora il debitore manchi al dovere di conservazione e manutenzione del bene e lo faccia scientemente o contravvenendo all'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia ed ancora quando il debitore violi gli altri obblighi previsti dalla legge a suo carico<sup>[22]</sup> ed infine quando l'immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare. Si tratta di casi tassativamente indicati dal legislatore. Fuori da queste ipotesi l'ordine di liberazione seguirà al decreto di trasferimento, che costituisce già titolo esecutivo per il rilascio. Il legislatore del 2019 non ritiene insomma che la vendita forzata di un bene libero possa essere più vantaggiosa, tornando a gravare l'acquirente del bene venduto forzatamente della liberazione dell'immobile, con inevitabili ricadute negative sul prezzo di vendita del bene pignorato.

Nella nuova disposizione non è più prevista una liberazione nell'interesse dell'aggiudicatario a cura del custode, il che fa anche dubitare della ragione della coesistenza di due distinti titoli esecutivi in capo alla stessa persona, finalizzati entrambi al rilascio del bene venduto in sede esecutiva<sup>[23]</sup>.

Quanto alla forma del provvedimento con cui è ordinata la liberazione anticipata dell'immobile, ancora una volta

il legislatore tace. Dovrebbe trattarsi di un'ordinanza, per la quale non è più prescritta alcuna forma di impugnazione. In tal modo il legislatore del 2019, contravvenendo a quanto disposto esplicitamente nel 2016 circa l'impugnabilità del provvedimento di liberazione ai sensi dell'art. 617 c.p.c., interviene ancora sulla disciplina di tale provvedimento preferendo però, incomprensibilmente, tornare al silenzio. Silenzio che mantiene anche sulle modalità di esecuzione del provvedimento per il quale, così come già nel 2016, non è più previsto che esso costituisca titolo esecutivo per il rilascio<sup>[24]</sup>, né che vada attuato, a cura del custode, secondo le disposizioni del giudice dell'esecuzione, senza l'osservanza delle formalità prescritte dagli artt. 605 e ss. c.p.c., così come invece aveva disposto proprio il legislatore del 2016.

Si tratta anche in questo caso di una scelta discutibile. Non si comprende la ragione per cui il legislatore del 2019 abbia fatto un passo indietro rispetto a quanto precedentemente disposto, facendo così riemergere dubbi che, almeno parzialmente, erano stati risolti. Non mi sembra però che possa dubitarsi dell'esecutività dell'ordine di liberazione anticipata dell'immobile pignorato<sup>[25]</sup>, per quanto la mancata esplicita previsione legislativa ne impedirebbe la riconducibilità ai titoli esecutivi giudiziali di cui all'art. 474, comma 2, n. 1 c.p.c. Quanto alle modalità con cui portare ad esecuzione tale provvedimento nulla è disposto, né è più disposto che la liberazione avvenga a cura del custode. La presenza però del custode dovrebbe indurci a ritenerlo il soggetto più adatto per procedere esecutivamente contro chi occupi l'immobile da liberare anticipatamente, non potendosi escludere che a subire l'ordine di liberazione potrebbe essere lo stesso debitore. Quanto alla modalità con cui portare ad esecuzione tale ordine, non escluderei il ritorno alle formalità prescritte dagli artt. 605 e ss. c.p.c.

Per ciò che attiene alla mancata esplicita previsione di un rimedio oppositivo avverso l'ordine di liberazione dell'immobile, trattandosi di un provvedimento del giudice dell'esecuzione, anche se non esplicitamente previsto, dovrà ammettersi l'opposizione agli atti esecutivi da par-

[22] Si pensi all'ipotesi in cui abbia dato in locazione l'immobile senza autorizzazione del giudice.

[23] Diversamente, nel vigore della precedente disciplina Saletti, La custodia dei beni pignorati nell'espropriazione immobiliare, in Riv. esecuz. forz., 2006, 75, osservava come la coesistenza in capo allo stesso soggetto di due diversi titoli esecutivi aventi la stessa funzione, avrebbe finito con il rendere residuale il decreto di trasferimento, considerato il carattere obbligatorio del rilascio ad opera del custode.

[24] Diversamente da quanto disposto espressamente con la riforma del 2005.

[25] Al riguardo può ribadirsi quanto affermato nel lontano 31 marzo 1949 dalla Suprema Corte con la sentenza n. 744, in Rep. Foro it., 1949, in cui si legge che il provvedimento con cui il giudice ordina la liberazione dell'immobile è atto per sé stesso esecutivo.

te del debitore<sup>[26]</sup> e l'opposizione all'esecuzione da parte del terzo occupante che intenda resistere al rilascio, vantando un diritto di godimento del bene pignorato opponibile alla procedura<sup>[27]</sup>.

### **9. Le ulteriori modifiche al processo esecutivo: nuovi incentivi al debitore che intenda beneficiare della conversione del pignoramento**

L'art. 4 del d.l. n. 135 del 2018 convertito dalla legge n. 12 del 2019 al comma 1 modifica ancora l'art. 495 c.p.c. per favorire l'accesso del debitore alla conversione del pignoramento<sup>[28]</sup>. A tal fine, nel comma 2, la somma che il debitore dovrà versare a titolo di acconto unitamente all'istanza di conversione del pignoramento dovrà essere pari non più ad un quinto, bensì ad un sesto dell'importo del credito per cui è stato eseguito il pignoramento e dei crediti dei creditori intervenuti indicati nei rispettivi atti di intervento. Ancora, nel comma 4, il numero dei ratei che, in caso di pignoramento immobiliare o mobiliare, il giudice dell'esecuzione potrà concedere, al ricorrere di giustificati motivi, è stato elevato fino ad un massimo di quarantotto mesi, con un aumento di dodici mesi rispetto alla previsione precedente<sup>[29]</sup>.

Infine, modificando il comma 5, il termine di tolleranza nel pagamento di ciascuna rata è stato raddoppiato e portato da quindici a trenta giorni. Tale ritardo determinerà la decadenza dal beneficio della conversione, fermo re-

stando che le somme già versate andranno a far parte del compendio dei beni pignorati.

Si tratta di modifiche che potrebbero essere guardate con favore, se consideriamo che l'istituto della conversione evita la vendita forzata del bene, consentendo l'integrale soddisfacimento dei creditori. Ciò nonostante l'aumento fino a quarantotto mesi del numero dei ratei potrebbe sembrare penalizzante per i creditori, ponendosi anche in controtendenza con l'esigenza di ridurre la durata del processo esecutivo<sup>[30]</sup>. A ben vedere però il buon esito del sub-procedimento di conversione consente di evitare la lunga ed incerta fase liquidativa del bene pignorato. Inoltre il progressivo soddisfacimento dei diritti dei creditori, cui ogni sei mesi verranno distribuite le somme versate dal debitore, potrebbe rendere tollerabile l'ulteriore ampliamento della dilazione nel pagamento della somma determinata in sostituzione del bene pignorato, la cui liberazione, lo ricordiamo, sarà successiva al versamento dell'intera somma determinata per la conversione.

Al di là di queste considerazioni, c'è comunque da augurarsi che il giudice dell'esecuzione, alla cui discrezionalità è rimessa la valutazione dei giustificati motivi che consentono la rateizzazione entro il termine massimo consentito dalla legge, utilizzi con parsimonia il suo potere, valutando con ponderatezza le caratteristiche del credito e le difficoltà del debitore a versare l'intera somma in un'unica soluzione.

<sup>[26]</sup> Ciò invero è quanto già sostenuto nel vigore dell'art. 560 c.p.c. anteriormente alla riforma del 2016, quando era prevista esplicitamente la non impugnabilità del provvedimento. Al riguardo era stato affermato che una interpretazione costituzionalmente orientata della norma imponesse l'attribuzione al debitore del rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi costituendo il provvedimento un atto del processo esecutivo idoneo a determinare un mutamento dello stato di fatto del bene pignorato. Così Cass. 17 dicembre 2010, n. 25654, in Riv. dir. proc., 2011, 1262, con nota di Vincre, L'ordine di liberazione dell'immobile pignorato: legittimazione passiva e rimedi; Castoro, Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico, 2017, 738. Saletti, op. cit., 75, invece non escludeva la possibilità di un ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

<sup>[27]</sup> A quest'ultimo riguardo ragionevole e condivisibile è l'abrogazione della previsione per cui l'opposizione agli atti esecutivi costituiva il rimedio proponibile anche dal terzo destinatario dell'ordine di liberazione dell'immobile. Ricordiamo al riguardo le critiche mosse da Tedoldi, Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 59/2016 ... terza e non ultima puntata della never ending story (sulle sofferenze bancarie), in Corr. giur., 2016, 1340, alla scelta del legislatore del 2016 di attribuire anche al terzo questo rimedio oppositivo, pur non trattandosi di una parte del processo espropriativo.

<sup>[28]</sup> Il testo originario del 1942 era già stato modificato dalla l. 10 marzo 1976, n. 358 che aveva introdotto per la prima volta il beneficio del versamento rateale consentito fino a sei mesi. È però la l. 26 novembre 1990, n. 353 che, nel delineare la nuova fisionomia dell'istituto, sopprime tale beneficio a vantaggio del debitore, che sarà reintrodotta dalla l. 3 agosto 1998, n. 302 soltanto per il pignoramento immobiliare. Più di recente è la l. 15 maggio 2005, n. 80 ad intervenire con modifiche più di dettaglio elevando fino a diciotto mesi il versamento rateale ed infine con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83 conv. con modif. in l. 6 agosto 2015, n. 132 il legislatore interviene ancora per favorire l'accesso all'istituto della conversione.

<sup>[29]</sup> Con il d.l. n. 83 del 2015 la conversione rateale è stata consentita anche per i pignoramenti mobiliari ed estesa da diciotto ad un massimo di trentasei rate. Contestualmente all'ampliamento della rateizzazione, per evitare un eccessivo sacrificio dei creditori, il legislatore ha previsto una distribuzione delle somme versate dal debitore da compiersi ogni semestre a cura del giudice.

<sup>[30]</sup> Ponendosi in contrasto con quanto previsto dalla legge Pinto anche con riferimento alle procedure esecutive. Al riguardo A. Auletta, Commento a prima lettura alla novella di cui all'art. 4, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it), ricorda come, a mente dell'art. 2, comma 2-bis, l. 24 marzo 2001, n. 89, il termine di ragionevole durata del processo esecutivo è di tre anni, che non potrebbe essere rispettato alla stregua della nuova previsione.



### 10. Le ulteriori modifiche al processo esecutivo: nuovi incentivi al debitore che intenda beneficiare della conversione del pignoramento

Il comma 3 dell'art. 4 del d.l. n. 135 del 2018, sempre al fine di favorire l'accesso all'istituto della conversione del pignoramento, interviene sull'art. 569 c.p.c. al cui primo comma sono aggiunti i due seguenti periodi: «Salvo quanto disposto dagli articoli 565 e 566, non oltre trenta giorni prima dell'udienza, il creditore pignorante e i creditori già intervenuti ai sensi dell'articolo 499 depositano un atto, sottoscritto personalmente dal creditore e previamente notificato al debitore esecutato, nel quale è indicato l'ammontare del residuo credito per cui si procede, comprensivo degli interessi maturati, del criterio di calcolo di quelli in corso di maturazione e delle spese sostenute fino all'udienza. In difetto, agli effetti della liquidazione della somma di cui al primo comma dell'articolo 495, il credito resta definitivamente fissato nell'importo indicato nell'atto di precetto o di intervento, maggiorato dei soli interessi al tasso legale e delle spese successive».

Com'è noto l'art. 569 c.p.c. disciplina il provvedimento di autorizzazione alla vendita dei beni immobili. Pertanto non si comprende la ragione per cui la nuova previsione, che intende anch'essa favorire l'accesso ad un istituto di portata generale quale senz'altro è la conversione del pignoramento, sia stata circoscritta unicamente alle espropriazioni immobiliari, creando un'ingiustificabile disparità di trattamento tra creditori, a seconda del tipo di espropriazione al quale abbiano dato avvio o nel quale siano intervenuti, per evitare la quale sarebbe bastato inserire la previsione in esame proprio nell'art. 495 c.p.c. La nuova previsione impone ai creditori, sia precedente che intervenuti, di redigere un atto nel quale deve essere indicato l'ammontare del residuo credito per cui si procede, comprensivo degli interessi maturati, del criterio di calcolo di quelli in corso di maturazione e delle spese sostenute fino all'udienza. L'atto prima di essere depositato presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione, dovrà essere notificato al debitore esecutato. Non è chiara la ragione per cui il legislatore qualifichi come residuo il credito il cui ammontare dovrà essere indicato in tale atto. Siamo ancora all'inizio della procedura esecutiva e tale qualificazione sembrerebbe indicare un parziale soddisfa-

cimento che, se c'è, è solo eventuale e dipende da eventuali acconti già versati dal debitore.

In quest'atto il creditore è chiamato a compiere un'operazione aritmetica per il calcolo della somma complessivamente a lui dovuta, comprensiva: del credito per cui si procede o si interviene detratti gli eventuali acconti già ricevuti, degli interessi già maturati e di quelli "in corso di maturazione". Per questi ultimi, invero la norma prescrive che il creditore si limiti ad indicare i criteri di calcolo. Le spese non sono solo quelle di giustizia affrontate fino all'udienza di autorizzazione alla vendita, ma anche quelle affrontate dai creditori fuori dal processo esecutivo per il recupero dei rispettivi crediti, ma non anche quelle da sostenere fino alla chiusura del processo esecutivo.

A parte i dubbi che può suscitare l'attribuzione al creditore di queste operazioni di calcolo, va rilevato come tale adempimento vada compiuto indipendentemente dall'intenzione del debitore di beneficiare della conversione del pignoramento ed implica dei costi di cui dovrà intanto farsi carico il creditore, che graveranno sulla procedura esecutiva.

La ragione di questa previsione è stata indicata nell'opportunità di far conoscere al debitore l'esatta somma dovuta ai creditori, per formulare la sua istanza di conversione del pignoramento con piena consapevolezza, predisponendo, se del caso, eventuali trattative con familiari o con finanziarie per reperire le somme necessarie a soddisfare interamente i creditori<sup>[31]</sup>. Gli atti predisposti da ciascun creditore saranno comunque utili al debitore che nell'istanza di conversione deve indicare la somma che offre in sostituzione dei beni pignorati "pari, oltre alle spese di esecuzione, all'importo dovuto al creditore pignorante e ai creditori intervenuti, comprensivo del capitale, degli interessi e delle spese" (art. 495, comma 1 c.p.c.). Non dovrebbero invece servire al debitore per determinare la somma complessiva rispetto alla quale calcolare quella da depositare unitamente all'istanza di conversione che, così come dispone l'art. 495, comma 2 c.p.c., deve essere conteggiata tenendo conto della pretesa indicata nell'atto di pignoramento e negli atti di intervento, deducendo unicamente gli acconti già versati ai creditori, debitamente documentati<sup>[32]</sup>.

Ancora tali atti non dovrebbero incidere sul contenuto

[31] Così si legge nell'Atto del Senato n. 989, XVIII legislatura, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

[32] In tal senso Tommaseo, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2009, 104, nt. 98; Campese, *L'espropriazione forzata immobiliare*, Milano, 2005, 158; Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2017, 587. Diversamente Danovi, *Sulla determinazione della somma da depositare ex art. 495, secondo comma, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 557.

dell'ordinanza con cui il giudice, sentite le parti, determina la somma da sostituire al bene pignorato attenendosi a quanto dichiarato dai creditori concorrenti e valutando anche la ritualità degli interventi e le eventuali contestazioni del debitore. Al riguardo sono noti i dubbi suscitati dalla valutazione rimessa al giudice dell'esecuzione chiamato a pronunciarsi sull'istanza di conversione del pignoramento<sup>[33]</sup>, il quale determinerà la somma da sostituire tenendo conto, a mente di quanto disposto dall'art. 495, comma 1 c.p.c., dell'importo dovuto al creditore pignorante ed ai creditori intervenuti, comprensivo del capitale, degli interessi e delle spese. Sebbene non sia prescritto, è inevitabile che il giudice determini la somma considerando i crediti risultanti dai documenti prodotti dagli interessati, tra cui oggi dovremmo far rientrare anche gli atti depositati dai creditori ai sensi del nuovo art. 567, comma 1 c.p.c. che, senza vincolare il giudice, potrebbero servirgli per una sorta di verifica incrociata, al fine di valutare, ad esempio, che quanto affermato e documentato dal debitore circa i pagamenti parziali eseguiti a favore dei creditori risponda a ciò che gli stessi creditori indicano nei rispettivi atti<sup>[34]</sup>.

Non so quanto sia opportuna questa nuova previsione che introduce un ennesimo adempimento a carico dei creditori, tenuti a depositare l'atto di precisazione del credito non oltre trenta giorni prima della data fissata per l'udienza in cui il giudice autorizzerà la vendita, senza che tale adempimento giovi significativamente alla procedura esecutiva<sup>[35]</sup>. Inoltre, con riferimento ai creditori intervenienti l'art. 499, comma 2 c.p.c. dispone che il ricorso per intervento "deve essere depositato prima che sia tenuta l'udienza in cui è disposta la vendita o l'assegnazione ai sensi degli artt. 530, 552 e 569". Con riferimento all'espropriazione immobiliare, avendo riguardo a quanto disposto dall'art. 564 c.p.c., l'intervento tempestivo è possibile fintantoché il giudice dell'esecuzione non abbia au-

torizzato la vendita. Oggi, considerata la previsione introdotta nel primo comma dell'art. 569 c.p.c., si finirebbe per imporre ai creditori che volessero intervenire nel processo espropriativo di depositare il relativo ricorso in un termine anticipato rispetto a quello di trenta giorni prima dell'udienza di autorizzazione alla vendita, fissato per il compimento dell'atto di precisazione del credito.

Ancora va rilevato come l'art. 495 c.p.c. individua il termine oltre il quale non è più possibile proporre l'istanza di conversione, ma non fissa alcun termine iniziale. Il debitore, che abbia interesse ad anticipare l'istanza di conversione rispetto al termine finale, è legittimato a proporla sin dal momento in cui la procedura è avviata con la notificazione dell'atto di pignoramento, che reca l'avvertimento di cui al citato art. 492, comma 3 c.p.c. Al ricorrere di una simile evenienza non si comprenderebbe però la ragione di costringere i creditori a redigere un atto di precisazione del credito che dovrebbe servire unicamente al debitore per individuare le somme da considerare ai fini della conversione, fermo restando che la pretesa creditoria vantata dai creditori che intervengano dopo il deposito dell'istanza di conversione non imporrà alcuna integrazione della somma già depositata dal debitore contestualmente all'istanza, ma sarà valutata dal giudice nella determinazione della somma complessiva da sostituire ai beni pignorati.

Insomma è indubbio che quello prescritto nel primo comma dell'art. 596 c.p.c. sia un nuovo onere a carico dei creditori. Infatti, qualora dovesse mancare tale adempimento "agli effetti della liquidazione della somma di cui al primo comma dell'articolo 495, il credito resta definitivamente fissato nell'importo indicato nell'atto di precetto o di intervento, maggiorato dei soli interessi al tasso legale e delle spese successive". Si tratta evidentemente di una disposizione che ha una funzione sanzionatoria, dato che in caso di inottemperanza il creditore potrebbe ottenere una

<sup>[33]</sup> Al riguardo all'opinione di chi ritiene debba trattarsi di una mera attività contabile, consistente in un'operazione aritmetica riepilogativa di quanto risulta dagli atti del fascicolo dell'esecuzione, considerando anche gli interessi maturati e maturandi, oltreché le spese necessarie fino alla chiusura del processo esecutivo (così Bucolo, *Il processo esecutivo ordinario*, Milano, 1994, 287), cui dovrebbe aggiungersi la verifica formale di regolarità degli interventi (così Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, rist. 1966, 161; Garbagnati, *In tema di conversione del pignoramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 420), si contrappone quella di chi invece ritiene che il sub-procedimento di conversione del pignoramento costituisca la sede per una cognizione incidentale non solo sui requisiti di legittimazione all'intervento, ma anche sul merito delle rispettive pretese (così Capponi, *Conversione del pignoramento e cognizione sui crediti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 485 e ss.). In giurisprudenza la soluzione prescelta è quella di riconoscere al giudice il potere di determinare la somma mediante una valutazione sommaria delle pretese avanzate dai creditori (così Cass. 3 settembre 2007, n. 18538).

<sup>[34]</sup> Rimane comunque ferma l'audizione delle parti in udienza, così come prescritto dall'art. 495, comma 3 c.p.c., nel corso della quale il giudice potrebbe chiedere loro dei chiarimenti.

<sup>[35]</sup> Tra l'altro non è chiara la conseguenza per il creditore che depositi tempestivamente l'atto di precisazione del credito, senza averlo prima notificato al debitore o che indichi nell'atto un'erronea determinazione dell'ammontare del credito. Così Finocchiaro, «I nuovissimi mostri» nelle modifiche al c.p.c., cit.

parziale soddisfazione del suo credito qualora gli interessi legali corrisposti fossero inferiori a quelli convenuti, per recuperare i quali il creditore sarà costretto ad intraprendere una nuova procedura esecutiva.

Così come concepita e come collocata all'interno del codice di rito la nuova disposizione è destinata a generare soltanto dubbi interpretativi, oltre che - come già rilevato - una disparità di trattamento tra creditori, per scongiurare i quali sarebbe bastato inserirla nell'art. 495 c.p.c., prescrivendo che il termine per il deposito dell'atto di precisazione dei crediti venisse indicato dal giudice dell'esecuzione anteriormente alla data fissata per l'adozione dell'ordinanza di conversione<sup>[36]</sup>.

Facendo un rapido bilancio delle riforme apportate al processo esecutivo dalla legge di conversione n. 12 del 2019, evidente è l'intento del legislatore di favorire il debitore a discapito non solo del creditore, ma della stessa procedura esecutiva e della sua efficienza. Non può infat-

ti non manifestarsi una certa preoccupazione specie per la modifica che in tutta fretta è stata apportata all'art. 560 c.p.c. che, prevedendo un differimento dell'ordine di rilascio dell'immobile al momento della pronuncia del decreto di trasferimento, consente al debitore di continuare ad abitarlo per tutta la durata del processo espropriativo e anche dopo l'aggiudicazione del bene e l'integrale versamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario. Il rischio è che le vendite forzate tornino ad essere meno appetibili, con un inevitabile decremento del prezzo di vendita ed un danno anche per il debitore che verrà comunque privato del suo bene, pur avendolo "comodamente" abitato fino al decreto di trasferimento. Infatti è prevedibile che l'immobile ancora occupato dal debitore venga venduto ad un prezzo vile, pregiudicando il creditore che non viene interamente soddisfatto e ripercuotendosi anche sul debitore, destinato a rimanere tale anche dopo la vendita del bene.

---

[36] Così A. Auletta, op. cit.

## LE DECISIONI NELL'UNIONE EUROPEA

# La circolazione delle decisioni giudiziarie nel sistema del regolamento Bruxelles I bis - Prima Parte

Michele Angelo Lupoi

del 15 aprile 2019

### Sommario

1. Introduzione: il principio di automatico riconoscimento
2. Il regolamento n. 1215 del 2012 e il "metodo ibrido"
3. L'ambito di applicazione del regolamento n. 1215
4. Alcune definizioni rilevanti nel contesto in esame (in particolare, con riferimento ai provvedimenti cautelari e provvisori)
5. Il riconoscimento delle decisioni degli altri Stati membri tra regolamento n. 44 e n. 1215
6. L'esecuzione immediata
7. La documentazione da allegare (in particolare, per l'attuazione delle decisioni cautelari)

### 1. Introduzione: il principio di automatico riconoscimento

Lo spazio di giustizia europeo, come noto, ha come principio cardine quello dell'automatico riconoscimento delle decisioni. La libera circolazione dei provvedimenti giudiziari rientra, in effetti, tra le libertà fondamentali che l'Unione europea ha inteso realizzare.

Il riconoscimento automatico delle decisioni si basa su considerazioni economiche e politiche<sup>[1]</sup>. Dal primo punto di vista, uno spazio giudiziario integrato europeo è funzionale allo sviluppo economico e alla tutela delle persone che vivono ed operano nel territorio dell'Unione. Le procedure intermedie all'esecuzione, inoltre, implicano costi e ritardi aggiuntivi nel recupero dei crediti transfrontalieri. Sul piano politico, il superamento delle barriere e dei limiti alla circolazione dei provvedimenti giudiziari attraverso le frontiere è considerato un tassello fondamentale per la realizzazione di una vera Unione di popoli e cittadini.

Il principio del riconoscimento automatico come obiettivo dell'azione delle istituzioni europee è stato sancito

dal Consiglio europeo di Tampere del 1999 ed in seguito è stato recepito dal Trattato di Lisbona del 2009<sup>[2]</sup>, che lo ha posto a base della cooperazione in materia civile. I Programmi dell'Aja del 2005 e di Stoccolma del 2009 ne hanno previsto l'implementazione e lo sviluppo<sup>[3]</sup>. Attualmente, le Strategic guidelines del Consiglio europeo continuano a mettere tale principio al centro degli interventi in ambito di giustizia civile<sup>[4]</sup>.

A livello politico, il principio di automatico riconoscimento si basa sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri e l'equivalenza delle giurisdizioni. In sostanza, la fiducia reciproca impone a tutti gli Stati membri di ritenere, salve circostanze eccezionali, che ogni altro Stato membro rispetti il diritto europeo e i diritti fondamentali sanciti in tale ambito<sup>[5]</sup>.

L'obiettivo delle azioni delle istituzioni europee è il superamento delle procedure intermedie tra la pronuncia della decisione in uno Stato membro e la sua esecuzione in uno Stato membro diverso. Attualmente, peraltro, tale obietti-

[1] V. Linton, Abolition of exequatur, all in the name of mutual trust!, in *EU Civil Justice. Current issues and future outlook*, a cura di Hess, Bergström, Storskrubb, Oxford, 2016, p. 264.

[2] Storskrubb, Mutual recognition as a governance strategy for civil justice, in *EU Civil Justice. Current issues and future outlook*, cit., p. 302 ss.

[3] V. Storskrubb, op. cit., p. 304; Linton, op. cit., p. 262.

[4] Storskrubb, op. cit., p. 304

[5] Così l'opinione 2/13 della Corte di giustizia. In materia, v., tra gli altri, Düsterhaus, In the Court(s) we trust - A procedural solution to the mutual trust dilemma, in *Freedom, security & justice: European legal studies*, 2017, fasc. 1, p. 26 ss.

vo è stato realizzato in modo pieno solo in alcuni limitati settori. In effetti, lo scenario dei metodi per l'esecuzione delle decisioni nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione è molto variegato. Di tali metodi, in particolare, se ne possono individuare sino a cinque, diversificati tra loro in base alle possibilità e alle modalità offerte al debitore di contestare e di opporsi all'esecuzione nei suoi confronti<sup>[6]</sup>.

Solo in alcuni (limitati) ambiti del diritto di famiglia, contro la decisione certificata in uno Stato membro non è ammessa alcuna opposizione. In altri casi (come nel regolamento 1896 del 2006) è previsto un riesame nello Stato di origine. In altri ancora (come nel regolamento n. 650 del 2012 in materia di successioni) è tuttora previsto un meccanismo di exequatur come quello introdotto dalla convenzione di Bruxelles del 1968 e poi perfezionato dal regolamento n. 44 del 2001.

## 2. Il regolamento n. 1215 del 2012 e il “metodo ibrido”

Nel contesto tratteggiato nel paragrafo precedente, il regolamento n. 1215 del 2012 (c.d. Bruxelles I bis) che, dal 10 gennaio 2015<sup>[7]</sup> ha rimpiazzato il regolamento n. 44 del 2001 (Bruxelles I), sulla giurisdizione, il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale tra gli Stati membri dell'Unione, si colloca in una posizione intermedia e adotta quello che è stato definito un metodo “ibrido”<sup>[8]</sup>.

In effetti, nella proposta della Commissione di rifusione del regolamento Bruxelles I<sup>[9]</sup>, rispetto all'esecuzione delle decisioni, si prospettava una soluzione particolarmente innovativa, con l'abbattimento del muro dell'exequatur, estendendo (con qualche attenuazione) alla generalità delle decisioni in materia civile e commerciale i principi sottesi al titolo esecutivo europeo (in particolare, con l'a-

[6] Linton, op. cit., p. 257 ss.

[7] Ai sensi dell'art. 66, il regolamento si applica solo alle azioni proposte, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse alla data o successivamente al 10 gennaio 2015. Il para. 2 della norma prevede altresì che, in deroga all'art. 80, il regolamento n. 44 del 2001 continua ad applicarsi alle decisioni emesse nei procedimenti promossi, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse anteriormente al 10 gennaio 2015 che rientrano nel relativo ambito di applicazione.

[8] Linton, op. cit., p. 270.

[9] Su cui v. Recasting Brussels I, a cura di Pocar, Viarengo, Villata, Padova, 2012; Beaumont, Johnston, Can exequatur be abolished in Brussels I whilst retaining a public policy defence?, in 6 Jour. int. priv. law, 2010, p. 249; Biagioni, L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I, in Riv. dir. internaz. priv. proc., 2011, p. 971; Biavati, Judicial cooperation in Europe: is exequatur still necessary?, in Int. jour. proc. law, 2011, p. 403; De Cristofaro, The abolition of exequatur proceedings: speeding up the free movement of judgments while preserving the rights of the defense, ivi, p. 432; Dickinson, Provisional measures in the “Brussels I” review: disturbing the status quo?, in 6 Jour. priv. int. law, 2010, p. 519; Feraci, L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea, Milano, 2012; Franzina, La garanzia dell'osservanza delle norme sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del regolamento “Bruxelles I”, in Quad. der. trans., Marzo 2011, vol. 3, n. 1, p. 144; Gaudemet-Tallon, La refonte du Règlement Bruxelles I, in La justice civile européenne en marche, a cura di Douchy-Pudot, Guinchard, Parigi, 2012, p. 21; Gillies, Creation of subsidiary jurisdiction rules in the recast of Brussels I: back to the drawing board?, in 8 Jour. priv. int. law, 2012, p. 489; Honorati, Provisional measures and the recast of Brussels I regulation: a missed opportunity for a better ruling, in Riv. dir. internaz. priv. proc., 2012, p. 525; Kramer, Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure, in Int. jour. proc. law, 2011, p. 202; Leandro, Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 (“Bruxelles I bis”), in Giusto proc. civ., 2013, p. 583; Lupoi, M.A., La proposta di modifica del regolamento n. 44 del 2001: le norme sulla giurisdizione, in G iustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, Bologna, 2012, p. 281; Marongiu Buonaiuti, La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001, in Riv. dir. internaz., 2011, p. 496; Rasia, Arbitrato e regolamento Ce n. 44 del 2001: permane l'esclusione dal campo di applicazione? Note a margine della proposta della Commissione per la riforma del regolamento, in G iustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, cit., p. 391; Sandrini, Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri, Padova, 2012, p. 405 ss.; Steinle, Vasiliades, The enforcement of jurisdiction agreements under the Brussels I regulation: reconsidering the principle of party autonomy, in Jour. priv. int. law, 2010, p. 565; Kessedjian, Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001, in Rev. trim. dr. eur., 2011, p. 1; Seatzu, La proposta per la riforma del regolamento “Bruxelles I” e i provvedimenti provvisori, in 3 Cuad. der. transn. 11, fasc. 2, 170; Cachia, Recent developments in the sphere of jurisdiction in civil and commercial matters, in Elsa Malta law rev., 2011, p. 69; Feraci, L'abolizione dell'exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni R. d. int. 11, 832; Migliorini, Sulle proposte di modifica del regolamento 44/2001 in tema di competenza relativa alle controversie individuali di lavoro R. d. int. 10, 89; Pocar, Con la nuova proposta di abolizione dell'exequatur lo spazio giuridico europeo cerca il rafforzamento G. d. 11, fasc. 6, 8; Salerno, Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001, in Cuadernos der. trans., 2010, fasc. 1, p. 5; Rossolillo, Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea, in 2 Cuadernos derecho trans., 2010, p. 403; Leandro, La proposta per la riforma del regolamento “Bruxelles I” e l'arbitrato, in Riv. dir. int., 2011, p. 177; Bariatti, I profili internazionali del contrasto alla contraffazione: le prospettive di riforma del Regolamento (CE) 44/2001, in Dir. ind., 2011, p. 169; Briza, Choice of court agreements: could the Hague choice of court agreements convention and the reform of the Brussels I regulation be the way out of the Gasser-Owusu disillusion?, in 5 Jour. priv. int. law, 2009, p. 537.

bolizione di ogni procedura intermedia di controllo nello Stato membro richiesto), al fine di accelerare i tempi e ridurre i costi del recupero dei crediti attraverso le frontiere<sup>[10]</sup>, assicurando un effettivo accesso alla giustizia nel territorio europeo<sup>[11]</sup>.

Tale proposta è stata ritenuta prematura a livello politico. L'esclusione di ogni possibilità di opposizione nello Stato ad quem rappresentava, in effetti, una "fuga in avanti" che gli Stati membri non erano pronti a recepire. La proposta della Commissione è così uscita fortemente ridimensionata dal passaggio avanti al Parlamento nel novembre 2012, anche alla luce di critiche e perplessità espresse dalla dottrina<sup>[12]</sup>.

Per quanto più ci interessa qui, nel testo finale del regolamento n. 1215 si è preferita una soluzione di compromesso: da un lato, è stato in effetti eliminato il filtro dell'*exequatur*, prevedendo l'immediata esecuzione delle decisioni rese negli altri Stati membri; dall'altro, si continua a riconoscere al debitore la possibilità di opporsi all'esecuzione nello Stato ad quem, sulla base degli stessi motivi già previsti dal regolamento Bruxelles I<sup>[13]</sup>, ma con modalità procedurali diverse<sup>[14]</sup>.

### 3. L'ambito di applicazione del regolamento n. 1215

Il nuovo regime di esecuzione immediata si applica alle decisioni rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento n. 1215.

Da questo punto di vista, la refusione del regolamento Bruxelles I non ha introdotto particolari novità.

Rispetto all'ambito "territoriale" di applicazione, esso include tutti gli Stati membri, compresi Regno Unito, Irlanda e Danimarca, la quale ha manifestato la sua volontà in tal senso, ai sensi dell'art. 3 dell'accordo del 2005 tra tale Stato e la Comunità europea.

Dal punto di vista oggettivo, rispetto alle materie incluse ed escluse dall'ambito di applicazione della normativa uniforme, l'art. 1 del regolamento n. 1215 riproduce il testo dell'omologa norma di Bruxelles I, con qualche innovazione.

In primo luogo, nel para. 1, si specifica che il regolamento n. 1215 non si applica alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*): non si tratta, peraltro, di una novità di sostanza, in quanto la Corte di giustizia era giunta ad intendere la "materia amministrativa" proprio con riferimento a quelle situazioni in cui un soggetto pubblico si trova in una posizione di imperio rispetto alla sua controparte.

Tra le materie escluse, nella lett. a), al regime patrimoniale fra coniugi si è equiparato il regime patrimoniale derivante da rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio: si è così preso atto del diffondersi negli Stati membri di modelli di unione familiare non fondati sul matrimonio ma cui sono riconosciuti effetti equiparabili a quelli del vincolo coniugale tradizionale. Già rispetto alla vecchia norma, peraltro, per via interpretativa, era possibile pervenire al medesimo risultato<sup>[15]</sup>.

Per i testamenti e le successioni vi è stata solo una modi-

[10] Gaudemet-Tallon, op. cit., p. 27; Cuniberti, Some remarks on the efficiency of *exequatur*, in Law working paper series. Paper n. 2012-01, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1998030](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998030), p. 569.

[11] Kessedjian, op. cit., p. 12; Cuniberti, Rueda, Abolition of *exequatur*. Addressing the Commission's concerns, in Law working paper series, 12-10-2010; Dickinson, op. cit., p. 6 s.; Kramer, Abolition of *exequatur* under the Brussels I Regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area, in Neth. int. priv., 2011, p. 633 s.; Biavati, op. cit., p. 421; Feraci, L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea, 2012, p. 213 ss.; id, L'abolizione dell'*exequatur* nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in Riv. dir. int., 2011, 832; Biagioni, L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I in Riv. d. int. pr. proc., 2011, p. 971.

[12] Rispetto ai nuovi criteri di collegamento Lupoi, M. A., La proposta di modifica, cit., p. 287, 309; Dickinson, op. cit., p. 3; Weber, op. cit., p. 20. Rispetto al contesto dell'*exequatur*, v. Requejo Isidro, On the abolition of *exequatur*, in EU Civil Justice. Current issues and future outlook, cit., p. 283.

[13] Su questa soluzione Cuniberti, Rueda, op. cit., p. 20 ss.; rispetto alla proposta della Commissione, Biavati, op. cit., p. 428, si era mostrato favorevole, seppur ritenendo necessaria l'introduzione di alcuni correttivi al superamento dell'*exequatur*; più prudente De Cristofaro, op. cit., p. 450, per cui una forma di controllo nello Stato di esecuzione costituisce l'unico modo per garantire il giusto processo; sulle reazioni alla proposta su questo punto Feraci, L'ordine pubblico cit., p. 216 ss., che riteneva a sua volta necessario bilanciare il diritto del creditore ad ottenere l'esecuzione negli Stati membri delle decisioni emesse da giudici dell'Unione e il diritto del debitore a vedersi garantiti i diritti fondamentali

[14] Anche se il testo finale del regolamento è più "timido" rispetto alla proposta della Commissione, il regolamento stesso riconosce al creditore un vero e proprio diritto all'esecuzione: v. Guarnieri, La circolazione delle sentenze di condanna alla luce del regolamento n. 1215/2012: sistemi di esecuzione e riconoscimento a confronto, in Ordines, 2015, fasc. 2, p. 185 e i riferimenti in nota 61.

[15] Lupoi, M.A., R apporti patrimoniali tra coniugi e provvedimenti riconoscibili, in A.A.V.V., Il riconoscimento reciproco dei provvedimenti in materia di regime patrimoniale tra coniugi o tra conviventi, Napoli, 2007, p. 43 s.

fica formale: la materia, infatti, è stata espunta dalla lett. a) per essere trasferita nella nuova lett. f). Tale materia, in effetti, è oggi disciplinata, a livello europeo, dal regolamento n. 650 del 2012. La nuova “eccezione” all’interno di Bruxelles I bis, peraltro, specifica che devono intendersi escluse anche le obbligazioni alimentari mortis causa.

La lett. d) fa riferimento alla tradizionale esclusione dell’arbitrato, senza ulteriori specificazioni. Il considerando 12, d’altro canto, per quanto qui di rilievo, esplicita che la decisione dell’autorità giurisdizionale di uno Stato membro relativa alla nullità, inoperatività o inapplicabilità di una convenzione arbitrale non dovrebbe essere soggetta alle disposizioni del regolamento in materia di riconoscimento ed esecuzione, indipendentemente dal fatto che l’autorità giurisdizionale abbia adottato tale decisione in via principale o in via incidentale: con questa affermazione si esclude che il giudice della sede dell’arbitrato possa essere costretto a riconoscere, ad sensi della normativa comune europea, le decisioni a qualsiasi titolo rese in altri Stati sulla validità ed efficacia della convenzione arbitrale.

Il considerando 12 chiarisce pure che la decisione adottata da un’autorità giurisdizionale di uno Stato membro che eserciti la competenza giurisdizionale in base al regolamento o al suo diritto nazionale, che dichiara nulla, inoperante o inapplicabile una convenzione arbitrale non dovrebbe impedire il riconoscimento e, se del caso, l’esecuzione, conformemente al regolamento in esame, della decisione dell’autorità giurisdizionale nel merito della controversia, senza pregiudizio della competenza delle autorità giurisdizionali degli Stati membri a decidere sul riconoscimento e sull’esecuzione dei lodi arbitrali conformemente alla convenzione per il riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali straniere di New York del 10 giugno 1958, che prevale sul regolamento ai sensi dell’art. 73.

Il considerando 12, inoltre, recepisce le indicazioni già in precedenza fornite dalla Corte di giustizia, chiarendo, ove ne fosse stato bisogno, che il regolamento non dovrebbe applicarsi, inter alia, alle cause o alle decisioni riguardanti l’annullamento, il riesame, l’impugnazione, il riconoscimento o l’esecuzione di un lodo arbitrale.

Tra le materie escluse dall’applicazione del regolamento, inoltre, figurano oggi anche le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, cui è dedicata una nuova lett. e). La materia, in effetti, è oggi disciplinata dal regolamento n. 4 del 2009, come evidenzia il considerando 10. In tale ambito, opera uno specifico metodo di esecuzione delle decisioni, definito “metodo internazional-privatistico”.

#### 4. Alcune definizioni rilevanti nel contesto in esame (in particolare, con riferimento ai provvedimenti cautelari e provvisori)

Tra gli elementi di novità introdotti in sede di rifusione del regolamento Bruxelles I, si segnala l’introduzione di una norma ad hoc (art. 2) per “definire” alcune delle nozioni utilizzate nel nuovo regolamento.

Alcune di tali definizioni riguardano anche l’ambito della circolazione delle decisioni.

In particolare, la nozione di decisione fornita dalla lett. a) è ripresa dall’art. 32 del regolamento n. 44 del 2001 per quanto riguarda la prima parte<sup>[16]</sup>. Si conferma, dunque, che il regime uniforme di libera circolazione delle decisioni non riguarda solo le sentenze, ma tutte le “decisioni” rese da un organo giurisdizionale, a prescindere dalla denominazione utilizzata, purché dotate di esecutività nello Stato di origine.

La seconda parte della lett. a), invece, “esplicita” risultati a cui si era già arrivati in precedenza per via interpretativa.

In primo luogo, si chiarisce che solo i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un’autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del regolamento sono idonei a circolare all’estero, ad esclusione, dunque, di quelli emessi ai sensi dell’ex art. 31 (ora 35) dal giudice non competente del merito, del luogo di esecuzione della misura richiesta<sup>[17]</sup>. Al riguardo, il considerando 33 è molto esplicito. In effetti, dopo che la Corte di giustizia aveva affermato che il foro cautelare alternativo presuppone la possibilità di eseguire il provvedimento nello Stato del foro, si poteva già ritenere che tale provvedimento non fosse idoneo all’esportazione. L’odierna preci-

[16] “A prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un’autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresi un decreto, un’ordinanza, una decisione o un mandato di esecuzione, nonché una decisione relativa alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere”.

[17] V. anche Querzola, Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel reg. UE n. 1215 del 2012, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2013, p. 1480. Per una critica a tale formulazione v. Honorati, Provisional measures, cit., p. 528 ss., per cui, p. 532, la soluzione raggiunta dal legislatore “is clearly inconsistent with the general aim of the Regulation to foster and strengthen the circulation of judgments”.

sazione è comunque utile perché risolve un'accesa diatriba interpretativa[18].

Come si vedrà infra, il giudice che emette il cautelare autocertifica la sua eventuale competenza per il merito, nell'apposito modulo rilasciato ai sensi dell'art. 53. In questo modo, si semplificano i meccanismi esecutivi del provvedimento cautelare all'estero, senza possibilità, vi è da ritenere, che l'autorità esecutiva dello Stato ad quem possa contestare la valutazione del giudice d'origine circa la natura della propria competenza. Alla luce dei principi della fiducia reciproca e dell'equivalenza tra le giurisdizioni, infatti, nell'ambito dello spazio europeo di giustizia, di norma, i giudici di uno Stato membro non possono interferire con le decisioni dei giudici degli altri Stati membri in merito alla sussistenza della propria giurisdizione. Al riguardo, dunque, possono essere considerati solo strumenti di diritto interno: da un lato, per contestare le valutazioni del giudice adito in merito al criterio di collegamento invocabile nella fattispecie (ad esempio, in sede di reclamo ex art. 669-terdecies c. p. c.)[19]; dall'altro, per correggere eventuali "errori" nella compilazione del modulo di cui all'art. 53 del regolamento (in cui, ad esempio, si sia accreditata la competenza sul merito del giudice che ha emesso il provvedimento quando da tale decisione emerga, invece, l'applicazione dell'art. 35). Il legislatore europeo, tratteggiando la dicotomia tra provvedimenti del giudice di merito e provvedimenti del giudice del luogo di attuazione, lascia aperti dubbi di non poco rilievo.

Nessun problema si pone quando già pende il procedimento sul merito, azionato in forza di uno qualsiasi dei criteri uniformi di collegamento giurisdizionale. Se l'istanza cautelare è proposta al giudice di tale procedimento, il relativo provvedimento sarà destinato a circolare all'estero; se, invece, viene adito il giudice di un altro Stato membro, la decisione cautelare potrà trovare attuazione solo in ambito "locale".

Un primo problema si pone nell'ipotesi in cui la misura cautelare sia chiesta al giudice della causa di merito il

quale poi abbia a dichiararsi incompetente. Nell'esperienza italiana, la contestazione della competenza del giudice adito non priva quest'ultimo del potere di emettere misure cautelari in corso di causa e una pronuncia di incompetenza non determina ipso facto l'inefficacia della misura cautelare. Nel nostro contesto specifico, peraltro, anche per contrastare situazioni di forum shopping, si deve ritenere che la parte interessata, dopo una pronuncia di difetto di giurisdizione, possa chiedere la correzione o la revoca del modulo emesso ai sensi dell'art. 53, essendo venuto meno il presupposto per la circolazione del provvedimento in questione tra gli Stati membri.

Le ipotesi più difficili sono, però, quelle relative alle cautele chieste ante causam: la proposizione di un'istanza cautelare in uno Stato membro, infatti, non rende ancora operanti le norme europee sulla litispendenza e sulla connessione tra cause e nulla impedisce la proposizione di altre istanze cautelari o del procedimento di merito in uno Stato membro diverso da quello adito con la prima azione per provvedimenti provvisori[20].

In generale, mi pare da respingere la tesi per cui, prima dell'inizio della causa di merito, si debba presumere che i provvedimenti cautelari siano comunque emessi ai sensi dell'art. 35 e dunque non destinati alla circolazione[21]. La normativa europea, in effetti, non impone la pendenza attuale del processo di merito né la necessaria instaurazione di tale giudizio entro un termine peraltro non individuato né individuabile e sarebbe irragionevole pensare che la parte che voglia ottenere una misura cautelare con effetti extraterritoriali sia costretta a dare corso ad un procedimento di merito che, in base alla normativa applicabile, potrebbe restare meramente eventuale.

È necessario trovare, quindi, una soluzione che unisca "semplicità" e rispetto dello spirito e della ratio della normativa comune europea, partendo dall'osservazione che il sistema di Bruxelles I bis dà per scontato che vi possa essere una pluralità di corti nazionali competenti sul merito di una controversia. In applicazione della norma sulla pendenza della lite di cui all'art. 32, inoltre, la lite sul

[18] In arg. v. Lupoi, M. A., L'attuazione negli altri Stati membri dei provvedimenti provvisori e cautelari nel regolamento UE n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis), in Il processo esecutivo, a cura di Capponi, Sassani, Storto, Tiscini, Torino, 2014, p. 1517 ss.

[19] Deve, in effetti, ritenersi sussistere un interesse della parte soccombente a proporre reclamo contro il provvedimento emesso nei suoi confronti anche solo per "rettificare" il criterio di collegamento giurisdizionale cui abbia fatto riferimento il giudice: per il soccombente, infatti, dalla prospettiva di circolazione del provvedimento cautelare concesso sull'erroneo presupposto della sussistenza della competenza sul merito deriva un interesse giuridicamente rilevante a un riesame della decisione sul punto.

[20] Su questi aspetti problematici v. Honorati, op. cit., p. 538 ss.

[21] Riserve su questa opzione interpretativa anche di Honorati, op. cit., p. 540.



merito pende solo dal momento in cui la domanda introduttiva viene notificata o depositata nella cancelleria del giudice. Sino a quel momento, si deve ritenere che possa essere simultaneamente proposta una pluralità di istanze cautelari in Stati membri diversi e che i giudici così aditi si possano, simultaneamente, ritenere competenti per il merito ai (limitati) fini della circolazione del provvedimento che andranno eventualmente a concedere. Il concorso di provvedimenti cautelari a effetti extraterritoriali sarà, se del caso, risolto in base alle norme sul contrasto di decisioni (v. infra).

D'altro canto, la competenza per il merito è da valutare con riferimento alla situazione di fatto e di diritto esistente alla data di proposizione dell'istanza cautelare. Ciò vuol dire che un giudice adito con un'istanza cautelare ed ipoteticamente competente per la decisione del relativo merito può emettere una misura cautelare ad effetti extraterritoriali anche se, dopo la proposizione dell'istanza stessa, il procedimento di merito sia cominciato in un altro Stato membro.

La lett. a) del nuovo art. 2, inoltre, “chiarisce” che, nella nozione di decisione, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione, non rientrano i provvedimenti provvisori e cautelari emessi dall'autorità giurisdizionale competente per il merito senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto stesso prima dell'esecuzione: anche qui si recepisce la giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva, in più occasioni, negato la circolazione ai provvedimenti interinali o cautelari emessi inaudita altera parte, se non dopo avere offerto al convenuto la possibilità di farvi opposizione. Il considerando 33, d'altro canto, sostiene che ciò non esclude il riconoscimento o l'esecuzione dei provvedimenti provvisori ai sensi della normativa locale più favorevole eventualmente applicabile. Si è voluto così operare un compromesso tra il garantismo della normativa europea ed eventuali disposizioni nazionali più favorevoli al soggetto in favore del quale sia stata emessa una misura cautelare inaudita altera parte. Per l'Italia, questa “clausola di salvezza” non ha ambito operativo, considerato che, in forza della normativa interna sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni (art. 64 ss. l. n. 218 del 1995), di norma, solo provvedimenti passati in giudicato possono trovare ingresso nel nostro Paese.

### **Il riconoscimento delle decisioni degli altri Stati membri tra regolamento n. 44 e n. 1215**

Come noto, parlando di “riconoscimento” delle decisioni straniere, si fa riferimento alla valorizzazione nello Stato

degli accertamenti sul diritto sostanziale compiuti da un giudice estero. L'esecuzione, invece, concerne l'attuazione nello Stato di provvedimenti emessi nell'ambito di un procedimento straniero.

Rispetto al riconoscimento, il regolamento n. 1215 non apporta novità rispetto a un principio (quello dell'automaticità) già previsto dalla convenzione del 1968 e confermato dal regolamento n. 44. Nel regolamento Bruxelles I, peraltro, in caso di contestazione, si doveva accertare per via giudiziale l'esistenza di eventuali motivi ostativi al riconoscimento (art. 33). L'esecuzione dei provvedimenti stranieri richiedeva, invece, la concessione del c.d. exequatur da parte del giudice dello Stato ad quem, con il ricorso a una procedura semplificata.

Nel regolamento n. 44, il procedimento previsto per il riconoscimento (in caso di contestazione) o per l'exequatur aveva carattere monitorio: l'interessato depositava un ricorso al giudice indicato come competente dal regolamento (per l'Italia, la Corte d'appello), allegando i documenti elencati dall'art. 53. Il giudice, senza potere esaminare, in questa fase, osservazioni del convenuto, compiuti alcuni adempimenti formali, doveva concedere, con decreto, il riconoscimento o l'exequatur, senza potere rilevare, d'ufficio, l'esistenza di uno dei motivi di diniego previsti dal regolamento. Il provvedimento veniva a quel punto notificato alla controparte insieme al relativo ricorso. A far data dalla regolare notificazione del provvedimento, la controparte aveva un mese di tempo (due, se domiciliata in uno Stato membro diverso), per proporre opposizione. Si instaurava così un procedimento di accertamento, nel contraddittorio delle parti, nell'ambito del quale si potevano esclusivamente valutare i motivi di diniego di cui agli artt. art. 34 e art. 35, essendo espressamente escluso ogni riesame nel merito della decisione straniera. Il procedimento di opposizione, peraltro, poteva essere sospeso in caso di impugnazione di tale decisione nell'ordinamento di provenienza. Inoltre, in pendenza dell'opposizione, non poteva procedersi ad atti di esecuzione della decisione straniera, ma solo a provvedimenti “conservativi”, a tutela del credito della parte opposta, per la cui concessione non era richiesto né fumus boni juris né periculum in mora (art. 47).

Nel regolamento n. 1215, il principio del riconoscimento automatico è sancito dall'art. 36 (che corrisponde, con alcuni adattamenti, all'art. 33 del regolamento n. 44), con la conferma della possibilità per ogni parte interessata di chiedere una decisione giudiziale che attesti la mancanza di motivi di diniego del riconoscimento. Non si fa però più riferimento alla “contestazione” della controparte,

“liberalizzando” così, sul piano della legittimazione attiva, la procedura di riconoscimento (azionabile peraltro solo dalla parte “interessata”, a cui dunque possa derivare un’utilità giuridica da tale riconoscimento).

È stato parzialmente modificato anche il para. 3, sul c.d. riconoscimento incidentale. Oggi, infatti, si prevede che il giudice di merito, che conosca di una causa rispetto alla quale si ponga come preliminare una richiesta di diniego di riconoscimento, possa decidere su tale questione in via incidentale. La norma sembra fare espresso riferimento alle situazioni disciplinate dagli artt. art. 33 e art. 34, in cui il giudice di uno Stato membro può trovarsi a dichiarare l’estinzione del procedimento dopo avere deliberato la riconoscibilità della sentenza straniera. Ove la questione sia controversa tra le parti, la norma chiarisce che il giudice possa decidere sul punto *incidenter tantum*, senza dovere attendere che, sulla questione, si pronunci il g. del riconoscimento proposto in via principale.

Ai sensi dell’art. 37, i soli documenti da produrre, ai fini del riconoscimento, sono una copia autentica della decisione e un attestato rilasciato dal giudice d’origine riempiendo un modello allegato al regolamento. Tali documenti non devono neppure essere tradotti. La traduzione dell’attestato di cui alla lett. b), o della sentenza se necessario, può (non deve) essere richiesta dal giudice, come precisa il para. 2, sostanzialmente corrispondente all’art. 55, para. 2 del regolamento n. 44. Si conferma, così, la volontà del legislatore europeo di ridurre le formalità ed i costi della circolazione delle decisioni.

A tutela della parte contro cui viene chiesto il riconoscimento, l’art. 38 prevede la possibilità che il giudice dello Stato ad quem possa sospendere (totalmente o parzialmente) il procedimento nel quale sia invocata una decisione emessa in uno Stato membro, qualora la decisione sia stata impugnata nello Stato membro d’origine (come già prevedeva l’art. 37, para. 1 del regolamento n. 44) o qualora sia stata presentata una domanda al fine di accertare che non sussistono motivi di diniego del riconoscimento di cui all’articolo 45 ovvero al fine di accertare che il riconoscimento deve essere negato per uno dei

predetti motivi. Tale seconda ipotesi prevede, dunque, un rapporto di pregiudizialità tra il procedimento di riconoscimento ed il giudizio in cui la decisione straniera sia stata invocata, con sospensione, però, facoltativa e non obbligatoria.

## 6. L’esecuzione immediata

È in materia di esecuzione che, come si è detto, si registra la principale novità del regolamento n. 1215 sul piano sistematico. Al riguardo, infatti, l’art. 39 prevede il superamento della necessità di ottenere l’*exequatur* nello Stato di esecuzione prima di potervi dare attuazione alla decisione straniera[22].

Si è già anticipato che, nel testo finale del regolamento, si lascia al debitore la possibilità di chiedere il diniego dell’esecuzione nello Stato di esecuzione, senza recepire la proposta della Commissione che riduceva gli spazi per il debitore di opporsi all’esecuzione stessa[23].

Per i commentatori, si è trattato di una scelta saggia, che bilancia la fiducia reciproca con il principio del giusto processo[24].

Il considerando 26 giustifica la scelta del legislatore in questo ambito con la volontà di ridurre la durata e i costi dei procedimenti giudiziari transfrontalieri ed indica, come conseguenza del nuovo sistema, che la decisione emessa dall’autorità giurisdizionale di uno Stato membro debba essere trattata come se fosse stata pronunciata nello Stato membro interessato per l’esecuzione.

L’art. 39, in modo programmatico, stabilisce che ogni decisione esecutiva nello Stato membro di origine lo sia pure, automaticamente, negli altri Stati membri, senza bisogno di dare corso, in loco, ad ulteriori attività giudiziarie. Le implicazioni di questa novità sono evidenti sia a livello teorico, sul piano del maggiore livello di integrazione tra gli ordinamenti nazionali, sia a livello pratico, con un evidente risparmio di tempo e denaro per il creditore transfrontaliero[25].

In coerenza con il superamento dell’*exequatur* per le decisioni in materia civile e commerciale[26], il nuovo art. 40 rende automatica la concessione di misure cautelari nel-

[22] Su queste tematiche, di recente, Kramer, *Cross-border enforcement in the EU*, cit., p. 204 s.; Biavati, op. cit., p. 406 ss.; De Cristofaro, op. cit., p. 438 ss.

[23] Farina, in [www.aldricus.com](http://www.aldricus.com).

[24] V. Kramer, *Cross-border enforcement in the EU*, cit., p. 221; Cuniberti, *Some remarks on the efficiency of exequatur*, cit., p. 575, peraltro, osserva che la violazione del diritto al giusto processo si verifica in meno dell’1% dei casi.

[25] Come conseguenza di tale innovazione, nel nuovo regolamento sono state abrogate le norme di cui agli artt. 38, da 39 a 48, 50, 52, 53, 55, para. 1 del regolamento n. 44 del 2001, incompatibili con il nuovo sistema.

[26] V. Sandrini, *La tutela del creditore in pendenza del procedimento di exequatur nel regolamento Bruxelles I*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2012, p. 613.

lo Stato di esecuzione a tutela di una decisione esecutiva nello Stato d'origine.

Il nuovo art. 41, dal canto suo, chiarisce che l'esecuzione concreta della decisione straniera è disciplinata dalla *lex fori*, salvo quanto previsto dal regolamento. Si tratta di una previsione forse superflua (ma che richiama quella di altri regolamenti europei in ambito processuale), considerato che, sinora, il legislatore dell'Unione si è guardato dall'intervenire per l'armonizzazione delle regole dell'esecuzione forzata. Il para. 2, peraltro, pone un limite all'operare della *lex fori*, stabilendo che i motivi di diniego o di sospensione dell'esecuzione previsti dalla legge nazionale si applicano solo in quanto non incompatibili con i motivi di cui all'art. 45.

Al riguardo, il considerando 30 precisa che la parte che si oppone all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro dovrebbe, nei limiti del possibile e conformemente al sistema giuridico dello Stato membro richiesto, poter invocare, nella medesima procedura, oltre ai motivi di diniego contemplati dal regolamento, i motivi di diniego previsti dal diritto nazionale ed entro i termini previsti da tale diritto. Tuttavia, il riconoscimento di una decisione dovrebbe essere negato solo in presenza di uno o più dei motivi di diniego previsti dal regolamento in esame. Al riguardo, si osserva che il riferimento compiuto ai "motivi di diniego dell'esecuzione previsti dalla legge dello Stato membro richiesto" non riguarderebbe i motivi ostativi (al "riconoscimento" ed) alla "esecuzione" che ciascuno Stato membro individua al fine di negare ingresso nel proprio territorio a decisioni non rientranti nell'ambito oggettivo o soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria uniforme, bensì le circostanze che, secondo il diritto interno, possono costituire altrettanti motivi di opposizione all'esecuzione forzata propriamente intesa<sup>[27]</sup>. Si afferma pure che il legislatore europeo sembrerebbe voler mantenere una certa "autonomia" della procedura che la domanda di diniego dell'esecuzione è idonea ad instaurare rispetto ai rimedi giurisdizionali che ogni singolo Stato membro concede al debitore per contestare il diritto di procedere ad esecuzione forzata (per motivi di rito e/o di merito)<sup>[28]</sup>.

Il para. 3, infine, nell'ottica della deformalizzazione delle procedure, esonera la parte che chiede l'esecuzione dal munirsi di recapito postale nello Stato richiesto o di rappresentante autorizzato, salvo che tale rappresentanza sia obbligatoria nello Stato a prescindere dalla cittadinanza o dal domicilio delle parti, come nel caso dell'Italia.

### 7. La documentazione da allegare (in particolare, per l'attuazione delle decisioni cautelari)

Anche ai fini dell'esecuzione, si richiedono una copia autentica della decisione e l'attestato rilasciato ai sensi dell'art. 53 (che, a sua volta, rinvia al modulo di cui all'all. I e che fornisce gli elementi necessari a consentire l'immediata esecuzione della decisione negli altri Stati membri, senza bisogno di *exequatur*). Tale attestato certifica l'esecutività della decisione e, dunque, in Italia sostituisce l'apposizione della formula esecutiva (art. 42)<sup>[29]</sup>. Una documentazione più dettagliata è peraltro richiesta per l'esecuzione di provvedimenti provvisori o cautelari emessi in un altro Stato membro.

Per questi ultimi, in particolare, oltre alla copia autentica della decisione, si richiede che il modulo di cui all'allegato 1 contenga una descrizione del provvedimento e certifichi (al punto 4.6.2.2.1) che l'autorità giurisdizionale è competente a conoscere del merito e che la decisione è esecutiva nello Stato membro d'origine (come si è visto, infatti, solo in questo caso i provvedimenti provvisori e cautelari sono idonei alla circolazione).

La semplice lettura della "casellina" all'uopo prevista nel modulo compilato dal giudice d'origine, dunque, dovrebbe consentire all'autorità incaricata dell'attuazione del provvedimento straniero di verificare se esso rientri nella nozione di decisione cautelare riconoscibile di cui all'art. 2, lett. a). Ciò lascia pensare che il giudice ad quem non abbia margini di valutazione rispetto alla competenza "sul merito" del giudice a quo, in linea con il tradizionale approccio seguito nell'ambito del sistema di giustizia europea, ove si limitano al minimo i controlli sulla competenza indiretta del giudice d'origine.

Inoltre, ai sensi della lett. c) del para. 2 dell'art. 42, il richiedente, qualora il provvedimento cautelare sia stato di-

[27] Farina, [www.aldricus.com](http://www.aldricus.com), che evidenzia l'incertezza sul modo di delineare un rapporto di (in)compatibilità tra circostanze che possono condurre all'accertamento della insussistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata in relazione a qualsiasi titolo esecutivo, a prescindere dalla sua "provenienza", e motivi che detto diritto finiscono con l'escludere in ragione della "irricoscibilità" *tout court* della decisione nello Stato membro richiesto.

[28] Farina, in [www.aldricus.com](http://www.aldricus.com).

[29] Sull'attestato disciplinato dall'art. 53 v. Biavati, L'esecutorietà delle decisioni nell'Unione europea alla luce del reg. UE n. 1215/2012, in Il processo esecutivo, a cura di Capponi, Sassani, Storto, Tiscini, Torino, 2014, p. 190 ss., che evidenzia le possibili difficoltà nella sua compilazione.

sposto senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, deve fornire la prova della notificazione o comunicazione della decisione. In altre parole, si deve soddisfare il presupposto cui fa riferimento il considerando n. 25, alla cui stregua l'attuazione di una misura inaudita altera parte non può avere luogo prima che al destinatario sia stato comunicato o notificato il provvedimento in questione, al fine di consentirgli di dare corso all'eventuale opposizione al riconoscimento o all'exequatur<sup>[30]</sup>.

Il regolamento n. 1215 tenta, qui, un difficile compromesso tra le ragioni del creditore e quelle del debitore, ma il risultato rende perplessi: in ogni caso, infatti, l'onere di previa notifica della decisione emessa inaudita altera parte farà venire meno l'effetto sorpresa.

D'altro canto, ai sensi dell'art. 40 del regolamento, una decisione esecutiva implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari previsti dalla lex fori dello Stato di esecuzione. Questa disposizione, a un primo esame, appare sostanzialmente irrilevante nel contesto qui esaminato: che senso potrebbe avere, infatti, ottenere misure cautelari in attesa di attuare altre misure cautelari? A ben vedere, però, il combinato disposto degli artt. 42 e 40 induce a ritenere che chi voglia dare attuazione a un provvedimento cautelare emesso inaudita altera parte, prima di notificare la decisione, in ottemperanza al requisito di cui alla lett. c) dell'art. 42, para. 2, possa richiedere la concessione automatica di un provvedimento cautelare, in ipotesi dal contenuto identico a quello del

provvedimento (a sua volta cautelare) di cui già dispone, anche questo inaudita altera parte, in base alle norme della lex fori, dimostrando ad esempio i presupposti di cui al nostro art. 669 c. p. c.

Il regolamento, d'altro canto, non stabilisce un termine minimo che debba decorrere tra la notifica della decisione emessa inaudita altera parte e l'inizio della sua attuazione. Secondo gli auspici del considerando 32, tale notifica o comunicazione dovrebbe avvenire "in tempo ragionevole anteriormente alla prima misura di esecuzione", con la specificazione che, in questo contesto, per prima misura di esecuzione dovrebbe intendersi la prima misura di esecuzione dopo la notifica o comunicazione. Si tratta, inevitabilmente, di una indicazione sin troppo generica e che rischia di creare problemi interpretativi non indifferenti, soprattutto ove non sia approvata una normativa interna di raccordo tra disciplina europea e lex fori (ciò che appare irrealistico per l'Italia). Per l'interprete italiano, il termine che appare possibile richiamare è quello dilatorio previsto dall'art. 482 c. p. c. tra la notifica del precetto e la richiesta del pignoramento<sup>[31]</sup>. L'attestato rilasciato dal giudice d'origine non deve necessariamente essere tradotto nella lingua del foro e non se ne richiede la traslitterazione del contenuto: tali adempimenti possono però essere richiesti dall'autorità competente per l'esecuzione. Allo stesso modo, tale autorità può (non deve) chiedere la traduzione della decisione qualora in mancanza non sia in grado di procedere. (Fine della prima parte - Segue)

[30] V. anche Timmer, *Abolition of exequatur under the Brussels I regulation: ill conceived and premature?*, in *Jour. priv. int. law*, 2013, p. 134.

[31] Così pure Biavati, *L'esecutorietà delle decisioni nell'Unione europea*, cit., p. 193.

# La circolazione delle decisioni giudiziarie nel sistema del regolamento Bruxelles I bis - Seconda Parte

Michele Angelo Lupoi

del 16 aprile 2019

## Sommario

8. L'adattamento del titolo straniero
9. L'opposizione all'esecuzione e i relativi motivi
10. (Segue) Coordinamento tra procedura esecutiva ed opposizione
11. Regole procedurali uniformi
12. Quali regole procedurali sono applicate in Italia al procedimento di opposizione?
13. Uno sguardo al futuro (non necessariamente tranquillizzante)

## 8. L'adattamento del titolo straniero

L'art. 43 introduce una nuova disposizione di diritto processuale uniforme in relazione alle attività prodromiche all'inizio dell'esecuzione nello Stato di una decisione emessa in un altro Stato membro. Per garantire che il debitore abbia avuto conoscenza di tale decisione (e dunque la possibilità di opporvisi o contestarla), si richiede dunque la previa notifica o comunicazione al debitore dell'attestato rilasciato ai sensi dell'art. 53, unitamente alla decisione qualora questa non sia già stata notificata o comunicata. Per l'Italia, questo adempimento sostituisce la notifica del titolo esecutivo. Il considerando 32 mette in evidenza che l'attestato rilasciato ai sensi del regolamento, eventualmente corredato della decisione, dovrebbe essere notificato o comunicato alla persona in tempo ragionevole anteriormente alla prima misura di esecuzione, specificando che, in questo contesto, per prima misura di esecuzione dovrebbe intendersi la prima misura di esecuzione dopo la notifica o comunicazione.

La decisione non deve necessariamente essere tradotta nella lingua dello Stato d'esecuzione. Il para. 2, in effetti, prevede che il debitore possa richiedere tale traduzione qualora sia domiciliato in uno Stato membro diverso da quello dello Stato d'origine, qualora la decisione non sia redatta in una lingua a lui conosciuta ovvero nella lingua

ufficiale dello Stato membro in cui è domiciliato. La tutela "linguistica" del debitore è attuata prevedendo che sinché quest'ultima non abbia ricevuto la traduzione della decisione (anche prima dell'inizio dell'esecuzione, come si desume dalla parte finale del para. 2), non possa essere attuata alcuna misura esecutiva<sup>[1]</sup>. In tale lasso di tempo è possibile attuare solo misure cautelari<sup>[2]</sup>. Le garanzie di rapidità sottese all'esecuzione di un provvedimento cautelare (emesso anche ai sensi dell'art. 40, sulla base della mera esecutività della decisione straniera) hanno peraltro indotto il legislatore europeo ad escludere in tal caso l'onere di traduzione della decisione in questione (para. 3)<sup>[3]</sup>.

Una disposizione di diritto processuale uniforme è contenuta anche all'art. 54, che si occupa dell'ipotesi in cui la decisione straniera contenga un provvedimento ignoto alla legge dello Stato membro richiesto. In tal caso, il provvedimento in questione deve essere adattato, nella misura del possibile<sup>[4]</sup>, a un provvedimento previsto dalla legge dello Stato di esecuzione che abbia efficacia equivalente e che persegua obiettivi e interessi analoghi. In altre parole, l'autorità esecutiva locale si dovrà sforzare di adattare tale decisione a quella più simile prevista dalla lex fori, quanto ad efficacia e ad obiettivi ed interessi perseguiti<sup>[5]</sup>. Ai sensi del considerando 28, ogni singolo Stato membro ha la pre-

[1] V. Biavati, L'esecutorietà delle decisioni nell'Unione europea, cit., p. 192.

[2] Per Farina, in [www.aldricus.com](http://www.aldricus.com), si tratta di un meccanismo farraginoso.

[3] V. Sandrini, op. ult. cit., p. 615 ss., che osserva che l'esigenza di informare compiutamente la controparte sorge solo in relazione agli atti propriamente esecutivi e riguardo alle misure meramente conservative.

[4] Come osserva Leandro, Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., p. 614, tale inciso "dà l'idea che l'adattamento può essere infruttuoso (...). Ma lo stesso inciso appare esortativo di una ricerca attenta e capillare prima di escludere l'adattamento".

[5] Per Biavati, L'esecutorietà delle decisioni nell'Unione europea, cit., p. 197, peraltro, l'adattamento sarebbe onere dell'esecutante e, nel diritto italiano, il luo-

rogativa di determinare le modalità e i soggetti competenti per l'adattamento in questione. Da questo punto di vista, le indicazioni contenute nell'attestato rilasciato ai sensi dell'art. 53 dovrebbero fornire utili punti di riferimento. In generale, si osserva che la ricerca dovrebbe avere ad oggetto le "peculiarità funzionali" dei modelli previsti per i provvedimenti giudiziari e le relative finalità<sup>[6]</sup>.

La norma, peraltro, chiarisce che, da tale adattamento, non possono derivare effetti che vanno oltre quelli previsti dalla legge dello Stato membro d'origine. Si tratta di un'importante precisazione, per eliminare ogni dubbio in merito al fatto che l'ambito oggettivo dell'esecuzione del provvedimento straniero è governato dalla legge dello Stato d'origine.

È pure previsto un "controllo" sull'adattamento del titolo esecutivo straniero: e, infatti, qualsiasi parte (il creditore, il debitore e pure, eventualmente, un terzo coinvolto nell'esecuzione) può impugnare il relativo provvedimento davanti a un'autorità giurisdizionale. In Italia, l'impugnazione in questione dovrebbe prendere la forma dell'opposizione agli atti esecutivi<sup>[7]</sup>. Non si può escludere, peraltro, che, in determinate ipotesi, si possa prospettare pure il ricorso all'opposizione (di terzo) all'esecuzione, come ad esempio nel caso in cui l'adattamento disposto dal giudice riguardi la (im)pignorabilità di un determinato bene o la (in)coercibilità di un obbligo di fare o non fare.

### 9. L'opposizione all'esecuzione e i relativi motivi

Come si è anticipato, il regolamento n. 1215 continua ad ammettere la possibilità di opporsi, nello Stato ad quem, al riconoscimento e all'esecuzione, contestando la sussistenza di uno o più dei motivi ostativi previsti dalla normativa comune europea. La principale differenza rispetto al passato è che, in materia di esecuzione, il debitore non debba più proporre opposizione al decreto di esecutività previamente ottenuto dal creditore ma, piuttosto, formulare un'istanza diretta di diniego di esecuzione (art. 46). Si è, in sostanza, invertito l'onere di impulso processuale, spostandolo dal creditore al debitore.

La norma che disciplina i motivi di diniego del riconoscimento della decisione straniera è oggi l'art. 45, che prevede l'istanza di ogni parte interessata (e dunque non necessariamente solo un soggetto che abbia partecipato al procedimento nello Stato d'origine) e, nella sostanza, riproduce i motivi (tassativi)<sup>[8]</sup> già previsti dagli art. 34 e 35 di Bruxelles I<sup>[9]</sup>.

Senza poter entrare qui nei dettagli di ciascuno specifico motivo, in particolare, la lettera a) fa riferimento alla manifesta contrarietà del riconoscimento all'ordine pubblico dello Stato "ospite". Invero, questo motivo di esclusione (da interpretare comunque in modo restrittivo)<sup>[10]</sup>, sul piano sostanziale, ha sempre avuto un'applicazione limitata, nella materia civile e commerciale coperta dal regolamento Bruxelles I / I bis, tanto che alcuni ne avevano invocato l'abrogazione nel passaggio dalla convenzione del 1968 al regolamento del 2001. Tale opzione non è stata accolta, ma, come noto, è stato specificato che la contrarietà all'ordine pubblico debba essere manifesta.

Va rilevato che, in tempi recenti, in un clima politico più euroscettico e a fronte di una crisi di quella fiducia reciproca su cui si fonda lo spazio europeo di giustizia, l'eccezione di ordine pubblico è stata, in qualche modo, riabilitata<sup>[11]</sup>. Essa, in particolare, è stata intesa non come un ossimoro giuridico rispetto al principio del riconoscimento automatico, bensì come strumento per valorizzare, nel caso concreto, la fiducia reciproca tra gli Stati membri. In altre parole, proprio permettendo a ciascuno Stato membro di non recepire valori giuridici stranieri in insanabile contraddizione con i propri valori fondamentali si può superare il sospetto tra gli ordinamenti e valorizzare le specificità di ciascuno di essi.

Alla lettera b), viene in rilievo la mancata notifica o comunicazione dell'atto introduttivo del giudizio al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da permettere a quest'ultimo di presentare le proprie difese, eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi non abbia impugnato la decisione. In effetti, l'attuale formula-

go di tale adattamento sarebbe l'atto di precetto, che può delineare il contenuto del dare, del fare o del non fare di cui si domanda l'attuazione forzata.

[6] Leandro, Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., p. 614.

[7] Così pure Biavati, L'esecutorietà delle decisioni nell'Unione europea, cit., p. 197.

[8] La Corte di giustizia, nel regime del regolamento n. 44, ha, infatti, escluso che il giudice adito possa negare o revocare la dichiarazione di esecutività di una decisione per un motivo diverso da quelli espressamente indicati dal reg. stesso (come ad esempio, nella fattispecie, l'esecuzione della decisione stessa nello Stato membro d'origine: v. Gorte giust., c. Prism Investments BV c. van der Meer).

[9] Per Biavati, L'esecutorietà delle decisioni nell'Unione europea, cit., p. 194, tale identità ha reso meno efficace l'abolizione dell'exequatur.

[10] V., ad esempio, i casi Hendrikman, Régie nationale des usines Renault, Krombach.

[11] Guarnieri, op. cit., p. 183, ne parla in termini di baluardo attorno al quale è costruita la difesa dell'identità di ciascuno Stato membro. V. anche Requejo Isidro, On the abolition of exequatur, cit., p. 286 ss., per la quale, a p. 287, l'eccezione dell'ordine pubblico "works to protect and to increase mutual trust".

zione dell'art. 45 lett. b) riprende la giurisprudenza della Corte di giustizia che, in precedenza, aveva affermato che il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione pronunciata in contumacia non potessero essere negati qualora il convenuto avesse potuto proporre un ricorso avverso la decisione pronunciata in contumacia e tale ricorso gli avesse consentito di far valere che la domanda giudiziale o l'atto equivalente non gli era stato notificato o comunicato in tempo utile e in modo tale che egli potesse presentare le proprie difese<sup>[12]</sup>.

Le lett. c) e d) riguardano, invece, il contrasto tra decisioni<sup>[13]</sup>, ovvero uno dei motivi classici che possono escludere l'ingresso in uno Stato della decisione emessa in uno Stato diverso. Vengono, in particolare, in rilievo il contrasto con una decisione precedentemente pronunciata nello Stato richiesto e il contrasto con una decisione pronunciata tra le medesime parti in uno Stato membro diverso o in uno Stato terzo, se tale previa decisione sia passibile di riconoscimento nello Stato richiesto.

Il rischio di provvedimenti contrastanti emessi da giudici di diversi Stati membri è stato da sempre oggetto di particolari attenzioni nella normativa uniforme europea sulla giurisdizione e la circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale. Sin dalla convenzione di Bruxelles del 1968, infatti, si sono individuati meccanismi processuali per prevenire, superare e coordinare situazioni di contemporanea pendenza in Stati membri diversi della stessa causa o di cause connesse.

In particolare, come ben noto, sin dal 1968, la litispendenza "europea" è stata risolta con un meccanismo di prevenzione temporale secca, di rigida applicazione quanto di ampia portata, in particolare sul piano oggettivo della nozione di identità di causa.

Il regolamento n. 1215, cercando di dare soluzione ad alcuni aspetti problematici di tale meccanismo di prevenzione secca, potrebbe peraltro avere gettato il seme per un aumento di decisioni contrastanti.

In materia di litispendenza, infatti, il para. 2 dell'art. 31

introduce una deroga al criterio della prevenzione secca, per l'ipotesi in cui il giudice adito per primo sia diverso da quello scelto contrattualmente delle parti. Fatta salva l'applicazione dell'art. 26 (sull'accettazione tacita della giurisdizione da parte del convenuto che si costituisce senza nulla contestare), si prevede dunque, che, qualora sia adito il giudice di uno Stato membro dotato di competenza esclusiva in forza di un accordo ex art. 25, qualunque giudice di un altro Stato membro<sup>[14]</sup> è tenuto a sospendere il procedimento fino a quando il giudice adito sulla base dell'accordo dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo stesso. Con tale previsione, in sostanza, si priva il giudice adito per primo del potere di pronunciarsi sulla validità e l'efficacia di una clausola di scelta delle corti di un altro Stato membro.

La norma si applica a condizione che, dopo la proposizione della causa in un foro diverso da quello scelto dalle parti, essa sia "duplicata" nel foro "contrattuale", al quale, a questo punto, la corte previamente adita deve cedere il passo, sospendendo il procedimento, per quanto attiene la decisione sulla validità, l'efficacia e l'ambito della clausola di proroga. Una volta poi che il giudice indicato dalla clausola abbia affermato la propria giurisdizione, il giudice concorrente, ancorché adito per primo ai sensi del para. 3, dovrà dichiararsi incompetente.

Nell'ipotesi contemplata dalla disposizione in esame, peraltro, il giudice indicato nella clausola, una volta adito, deve potersi pronunciare sulla validità e sulla efficacia della clausola stessa a prescindere dal fatto che il giudice adito per primo abbia già deciso di sospendere il procedimento (così recita il considerando 22). Si giunge così a contemplare la possibilità che entrambi i processi procedano per la propria strada e conducano a un conflitto di decisioni. A decisioni contrastanti si può giungere anche qualora il primo giudice ritenga "prima facie" inesistente un accordo di cui all'articolo 23 e decida di non sospendere il suo procedimento. Il giudice adito per secondo, per contro, potrà giungere a valutazioni discordanti e

<sup>[12]</sup> C. Apostolids c. Orams. Al riguardo, la Corte aveva pure osservato che si può esperire un ricorso contro una decisione solo se l'autore del ricorso abbia avuto la possibilità di conoscere il contenuto della stessa, mentre la semplice conoscenza dell'esistenza di questa non è a tal fine sufficiente: ed in effetti, perché il convenuto abbia la possibilità di esperire un ricorso efficace che gli consenta di far valere i propri diritti, occorre che egli possa prendere cognizione della motivazione della decisione contumaciale per poterla contestare utilmente. Poiché, dunque, la norma qui in esame non implica che il convenuto sia tenuto ad attivarsi oltre la misura della normale diligenza nella tutela dei propri diritti (per esempio informandosi del contenuto di una decisione adottata in un altro Stato membro), ne consegue che, per considerare che il convenuto contumace abbia avuto la possibilità di impugnare una decisione contumaciale emessa contro di lui, egli deve aver avuto conoscenza del contenuto di tale decisione, il che presuppone che questa gli sia stata notificata o comunicata, ancorché in modo irregolare ma tuttavia in tempo utile per consentirgli di presentare le sue difese dinanzi al giudice dello Stato di origine (caso ASML Netherlands).

<sup>[13]</sup> Situazione che si verifica quando dalle due decisioni derivino conseguenze giuridiche che si escludono reciprocamente: Corte giust., c. Hoffman.

<sup>[14]</sup> Ancorché adito sulla base di un titolo di giurisdizione stabilito dal diritto interno: Villata, L'attuazione degli accordi, cit., p. 151.

a sua volta fare procedere il giudizio instaurato avanti a sé, in applicazione dell'art. 31.

In altre parole, tentando di risolvere un problema, il legislatore europeo potrebbe averne prodotto un altro. D'altro canto, sulla base di una valutazione prognostica, le situazioni problematiche non dovrebbero superare quelle in cui l'art. 31 sarà applicato in modo corretto da entrambi i giudici coinvolti. Anche su questo piano, peraltro, viene messa alla prova la fiducia reciproca su cui si fonda lo spazio giudiziario europeo.

Infine, alla lettera e), si prevede un (limitato) controllo del giudice dello Stato di esecuzione rispetto alla corretta applicazione di (specifiche) norme sulla giurisdizione da parte del giudice di origine. Il controllo sulla c.d. competenza indiretta, in particolare, viene in rilievo qui rispetto alle disposizioni del capo II, sez. 3, 4 e 5 nella misura in cui il contraente dell'assicurazione, l'assicurato, il beneficiario di un contratto di assicurazione, la parte lesa, il consumatore o il lavoratore sia il convenuto; ovvero con le disposizioni del capo II, sez. 6. In sostanza il riconoscimento o l'esecuzione possono essere rifiutati se il giudice d'origine abbia violato le norme del regolamento in materia di contratti di assicurazione o conclusi dai consumatori o di lavoro dipendente<sup>[15]</sup> nonché i criteri di competenza esclusiva dell'art. 24. Fuori da queste ipotesi, il divieto di riesame della giurisdizione del primo giudice, anche sul piano dell'ordine pubblico, resta assoluto.

Il considerando 29, inoltre, sul presupposto che l'esecuzione diretta nello Stato membro richiesto di una decisione emessa in un altro Stato membro senza dichiarazione di esecutività non dovrebbe compromettere il rispetto dei diritti della difesa, afferma che tra i motivi per chiedere in rigetto dell'esecuzione dovrebbe figurare anche la mancata possibilità di presentare le proprie difese qualora la decisione sia stata resa in contumacia nell'ambito di un'azione civile collegata a un procedimento penale nonché i motivi che possono essere invocati sulla base di un accordo tra lo Stato membro richiesto e uno Stato terzo a norma dell'art. 59 convenzione di Bruxelles del 1968.

Anche nel nuovo sistema, si conferma, in ogni caso, che

la decisione straniera non può essere riesaminata nel merito in sede di riconoscimento/opposizione all'esecuzione in un altro Stato membro (art. 52).

### 10. (Segue) Coordinamento tra procedura esecutiva ed opposizione

Del coordinamento tra l'immediata eseguibilità della decisione straniera e la possibilità per il debitore di chiedere il rigetto della relativa esecuzione ai sensi della successiva sez. 3 si occupa l'art. 44. Si prevede in particolare che, dopo la proposizione di tale istanza, il giudice dello Stato membro richiesto possa:

- a) limitare il procedimento a misure cautelari: in sostanza, per bilanciare gli interessi contrapposti delle parti, si possono disporre misure provvisorie (ad esempio, di natura conservativa) senza ancora compiere i veri e propri atti esecutivi (ad esempio, il pignoramento e la vendita dei beni del debitore);
- b) subordinare l'esecuzione alla costituzione di una garanzia (la "cauzione" del diritto italiano);
- c) sospendere il procedimento di esecuzione. L'applicazione della norma presuppone un coordinamento tra la procedura esecutiva e il giudizio relativo al diniego dell'esecuzione che potrà realizzarsi, in Italia, solo su istanza della parte interessata (di norma, il debitore).

Il para. 2, inoltre, prevede che il procedimento di esecuzione sia sospeso se l'esecutività della decisione sia sospesa nello Stato membro di origine. Anche in questo caso, si presuppone l'istanza della parte interessata, che dovrà fornire la prova di tale "sospensiva".

### 11. Regole procedurali uniformi.

Nella tradizione della convenzione del 1968 e del regolamento n. 44, neppure il regolamento n. 1215 detta regole uniformi sul procedimento per il riconoscimento o per l'opposizione all'esecuzione di un provvedimento emesso in un altro Stato membro: la normativa europea si limita a disciplinare aspetti specifici, come i documenti da allegare all'istanza<sup>[16]</sup>, lasciando poi ad ogni Stato l'individuazione del modello procedurale applicabile.

[15] Il riferimento alle norme sulle controversie in materia di lavoro dipendente è una novità del regolamento n. 1215.

[16] Ai sensi dell'art. 47, para. 3, una copia della decisione e, se necessario, una traduzione o traslitterazione della stessa. Tale produzione non è peraltro sempre necessaria: l'istante può esserne dispensato se la corte ne sia già in possesso oppure se sia irragionevole chiedere al richiedente di ottemperarvi. In questo caso, il giudice adito può chiedere il deposito di tali documenti all'altra parte (ovvero il creditore). Ai sensi dell'art. 57, 1. Le traduzioni o le traslitterazioni richieste ai sensi del presente regolamento sono effettuate nella lingua ufficiale dello Stato membro interessato oppure, ove tale Stato membro abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dei procedimenti giudiziari del luogo in cui è invocata una decisione emessa in un altro Stato membro o in cui è presentata la domanda, conformemente alla legge di quello Stato membro. Ai fini dei moduli di cui agli artt. 53 e 60, le traduzioni o le traslitterazioni possono essere al-



In effetti le norme comuni europee continuano a limitarsi. Pur senza menzionarlo espressamente, il sistema comune europeo presuppone che il procedimento si svolga nel contraddittorio tra le parti, come si desume dal riferimento alla “domanda”, alla possibilità di agire per il riconoscimento o il diniego al riconoscimento, alla legittimazione ad impugnare riconosciuta ad ogni parte e così via<sup>[17]</sup>. Per quanto riguarda la competenza, in base a quanto previsto dagli artt. 47 e 75, lett. a), l'Italia ha indicato come organo giudiziario di riferimento il Tribunale (superando una storica tradizione che vede nella Corte d'appello il giudice - di primo e unico grado - competente in materia di “vaglio” delle decisioni straniere).

Si tratta di una competenza funzionale, che ha come oggetto l'accertamento delle situazioni che, in base al diritto comune europeo, escludono il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione straniera nello Stato.

I motivi di opposizione all'esecuzione relativi all'efficacia del titolo straniero, d'altro canto, come si è visto, possono cumularsi (senza confondersi) con quelli più schiettamente collegati al diritto ad agire in executivis ai sensi dell'art. 615 c. p. c. Tale sovrapposizione è espressamente prevista dal considerando n. 30, che comunque chiarisce che i motivi “interni” non possono essere usati per negare il riconoscimento in quanto tale. In altre parole, al giudice dello Stato di esecuzione resta precluso qualsiasi riesame nel merito della decisione straniera (ad esempio, rispetto alla originaria esistenza del credito fatto valere o alla legittimazione attiva o passiva delle parti coinvolte). In sede di opposizione all'esecuzione potranno però essere fatti valere motivi estintivi, modificativi o impeditivi di tale diritto venuti in essere successivamente al formarsi del titolo e compatibilmente con l'onere (e la possibilità) per la parte interessata di fare valere tali fatti nello Stato d'origine, ad esempio, in sede di impugnazione.

A questo riguardo, si pone il dubbio se il giudice competente funzionalmente al riconoscimento dell'efficacia nello Stato del titolo straniero possa avere “per attrazione” la competenza anche sui motivi di opposizione derivanti dalla contestazione del diritto ad agire in via esecuti-

va oppure se si debba configurare una scissione di competenze tra giudice dell'opposizione alla efficacia del titolo straniero e giudice dell'opposizione all'esecuzione tradizionale, ove non coincidenti<sup>[18]</sup>.

In alcuni ordinamenti, in effetti, sono attribuite competenze diverse per i due diversi profili e questo crea il rischio di procedimenti paralleli<sup>[19]</sup>. In Italia, avere individuato come giudice dell'opposizione all'esecuzione ai sensi del regolamento il Tribunale riduce la rilevanza pratica della questione. Questione che, però, si può porre, ad esempio, in caso di opposizione a precetto su cui, in base ai criteri ordinari, sia competente il Giudice di pace. Per tale strada, si può configurare anche nel nostro ordinamento un concorso di procedimenti afferenti a due diversi profili, con la conseguente necessità di disporre meccanismi di coordinamento per evitare pronunce contrastanti.

Anche nel regolamento Bruxelles I bis, come già nell'art. 41 di Bruxelles I, si dispone che la parte che chiede il diniego dell'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro non è obbligata ad avere un recapito postale nello Stato membro richiesto, né è tenuta ad avere un rappresentante autorizzato nello Stato membro richiesto, a meno che tale rappresentante sia obbligatorio indipendentemente dalla cittadinanza o dal domicilio delle parti. In questo modo si garantisce parità di trattamento tra creditore e debitore.

L'art. 48, dal canto suo, prevede che l'autorità giurisdizionale dello Stato richiesto statuisce sulla domanda di diniego dell'esecuzione senza indugio. Si tratta evidentemente di una norma programmatica, che sollecita il giudice nazionale a provvedere sull'istanza il più rapidamente possibile, magari creando corsie privilegiate per la trattazione e la decisione di queste istanze. La norma, peraltro, fornisce all'interprete anche un importante fattore di valutazione ai fini dell'individuazione del modello procedimentale da applicare in questo contesto: sul punto v. infra<sup>[20]</sup>.

L'art. 51, inoltre, prevede la sospensione (facoltativa)<sup>[21]</sup> del procedimento (anche di impugnazione: v. infra) per

trèsì effettuate in qualunque altra lingua ufficiale delle istituzioni dell'Unione che lo Stato membro interessato abbia dichiarato di accettare. Qualsiasi traduzione ai sensi del regolamento n. 1215 è effettuata da una persona a tal fine abilitata in uno degli Stati membri.

[17] V. anche Leandro, Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., p. 619.

[18] Su questo dilemma v. Leandro, Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., p. 622.

[19] V. Linton, op. cit., p. 280.

[20] V. pure Leandro, Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., p. 619.

[21] Per Biavati, L'esecutorietà delle decisioni nell'Unione europea, cit., p. 194, il giudice del paese di destinazione deve compiere al riguardo una sommaria delibazione sia sulla fondatezza dei motivi di opposizione, sia sul contenuto della decisione estera.

l'ipotesi in cui la decisione straniera sia stata impugnata con un mezzo di impugnazione ordinario nello Stato d'origine (o se il termine per una tale impugnazione non sia ancora decorso). In quest'ultimo caso, l'autorità giurisdizionale può fissare un termine entro il quale l'impugnazione deve essere depositata.

Ai sensi dell'art. 49, d'altro canto, la decisione emessa sull'istanza di riconoscimento o di opposizione all'esecuzione può essere impugnata. In Italia, coerentemente con la scelta del giudice di prima istanza, tale impugnazione va proposta in Corte d'appello.

Per la prima volta, inoltre, il legislatore ha previsto un'ulteriore (ed eventuale) grado di giudizio, per l'impugnazione della decisione emessa sulla prima impugnazione: ai sensi dell'art. 50, tale ulteriore riesame è possibile unicamente dietro indicazione dello Stato membro interessato alla Commissione, ex art. 75, lett. c). Tradizionalmente, nel diritto italiano, non si prevede un terzo livello di giudizio in materia di riconoscimento di decisioni straniere: in questo contesto, però, si è confermata (anche per coerenza con il precetto dell'art. 111, comma 7° Cost.) la possibilità di ulteriormente impugnare la decisione della Corte d'appello in Cassazione.

## 12. Quali regole procedurali sono applicate in Italia al procedimento di opposizione?

In Italia, rispetto al sistema di Bruxelles I, dottrina e giurisprudenza erano giunte a ritenere che il procedimento per il riconoscimento o l'esecuzione seguisse le forme del rito ordinario, per quanto strutturato secondo modalità lato sensu riferibili al procedimento monitorio (e alla relativa opposizione) per l'ipotesi della richiesta di exequatur. Rispetto al riconoscimento, dunque, si riteneva che la domanda introduttiva dovesse avere la forma della citazione<sup>[22]</sup>, mentre l'opposizione all'exequatur veniva assimilata, sul piano procedimentale, all'opposizione a decreto ingiuntivo<sup>[23]</sup>: anche qui, in effetti, il debitore era chiamato a "contestare" un provvedimento emesso nei suoi confronti inaudita altera parte. Non si riteneva, peraltro,

inammissibile la proposizione della domanda con ricorso, purché l'atto fosse notificato alla controparte entro i termini perentori all'uopo previsti<sup>[24]</sup>. Tale soluzione interpretativa, probabilmente obbligata de iure condito, implicava tempistiche particolarmente lunghe per l'esperimento di un procedimento ordinario dinanzi alla Corte d'appello.

Oggi, però, i termini della questione sono cambiati.

L'art. 30 del decreto legislativo n. 150 del 2011 (sulla c.d. semplificazione dei riti), dal 7 ottobre 2011, prevede l'applicazione del rito sommario di cognizione (o meglio del modello ad hoc di tale rito tratteggiato dalla normativa speciale) alle "controversie aventi ad oggetto l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria di cui all'articolo 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218". È stata così colmata una lacuna della legge di riforma del diritto internazionale privato e processuale la quale, in effetti, non aveva esplicitato il modello procedimentale da applicare al procedimento per il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza straniera. La scelta del legislatore del 2011 è innovativa perché in precedenza, per via interpretativa, il modello procedurale di riferimento era stato individuato nel processo ordinario di cognizione<sup>[25]</sup>, introdotto con citazione<sup>[26]</sup> e definito con sentenza collegiale. Il decreto legislativo del 2011 ha dunque cambiato rotta, in favore di un rito più deformalizzato e snello, con una valutazione generale ed astratta circa la tendenziale semplicità istruttoria dei procedimenti in questione. La relazione di accompagnamento al decreto, in effetti, afferma che le controversie in questione sono state ricondotte al rito sommario di cognizione, adeguando all'indicazione in tal senso formulata dalle competenti commissioni parlamentari, in espressa considerazione del fatto che esso, nel suo pratico svolgimento, è caratterizzato da un *thema probandum* semplice, cui consegue ordinariamente un'attività istruttoria breve, a prescindere dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte o delle questioni giuridiche da trattare e decidere.

Per quanto ci interessa qui, parte della dottrina, dopo l'en-

[22] Cass., sez. un., 12 gennaio 2010, n. 253, in *Giust. civ.*, 2011, 1, I, p. 227; Campeis, De Pauli, *La disciplina europea del processo civile italiano*, Padova, 2005, p. 401.

[23] Cass., 1 agosto 1997, n. 7151, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 570.

[24] Cass., 12 gennaio 2010, n. 253, cit.

[25] Cass., 14 gennaio 2003, n. 365, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 201. Si escludeva, invece, l'applicazione delle norme del procedimento camerale: App. Ancona, 21 luglio 1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 169; contra App. Venezia, 9 aprile 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 890; App. Napoli, 14 gennaio 1998, in *Giur. nap.*, 1998, p. 122.

[26] App. Perugia, 10 gennaio 2002, decr., in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 218; App. Venezia, 26 novembre 1997, in *Dir. com. sc. int.*, 1998, p. 233.

trata in vigore del decreto n. 150, per cercare di proporre una soluzione più efficiente alla questione, si è espressa a favore dell'applicazione del modello sommario semplificato anche ai procedimenti di opposizione previsti dai vari regolamenti europei quando essi abbiano ad oggetto l'accertamento della (in)esistenza dei requisiti ostativi al riconoscimento e alla esecuzione di provvedimenti giurisdizionali civili pronunciati da giudici di un diverso Stato[27], dal momento che si tratta delle regole procedurali previste in via generale dall'ordinamento italiano per risolvere tale tipo di questioni.

Il problema si pone poiché, come si è visto, le normative regolamentari in questo ambito si limitano a prevedere i principi fondamentali e le norme strutturali del sistema europeo di circolazione delle decisioni nei vari contesti, lasciando poi agli Stati membri il compito di completare tale struttura, con le disposizioni processuali di dettaglio: purtroppo, sinora, il legislatore italiano non ha mai dettato norme integrative delle discipline generali europee, creando, con tale criticabile insensibilità, dubbi interpretativi di un certo rilievo: in effetti, dove altri ordinamenti si sono premutati di introdurre discipline specifiche di raccordo, l'Italia non ha ancora saputo o voluto disporre interventi di tal tipo, rimettendo agli operatori e agli interpreti la determinazione delle regole procedurali di riferimento.

Si afferma che l'estensione della disciplina del nuovo rito sommario al riconoscimento delle sentenze eurounitarie sarebbe sorretta da argomenti "plurimi"[28]. Si è osservato, ad esempio, che appare ormai obsoleta ed ingombrante la scelta del rito deputato alla tutela di merito dei diritti soggettivi rispetto a un procedimento in cui il giudice è chiamato a un mero controllo estrinseco circa la regolarità procedurale della sentenza straniera, in un contesto che viene qualificato di giurisdizione oggettiva[29]. In quest'ottica, anzi, si mostrerebbe irragionevole assogget-

tare il controllo sulle decisioni provenienti dagli altri Stati membri (e soggette a minori "limiti" di accesso) a un rito come quello ordinario, prevedendo invece un rito più informale per le sentenze degli Stati terzi[30]. In tale linea di pensiero, si ritiene che la "rubrica" dell'art. 30 non ne vincoli l'ambito applicativo, considerando troppo formalistico il richiamo al riguardo della massima "ubi lex voluit"[31]. La posizione qui in esame, in effetti, non ritiene l'art. 30 del decreto del 2011 una norma a natura eccezionale ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c. c.: nulla dunque ne impedirebbe un'applicazione estensiva, anche per via analogica. D'altro canto, come è stato rilevato, vi è omologia tra procedimenti aventi tutti ad oggetto l'accertamento dei requisiti di riconoscibilità di provvedimenti stranieri, con una lacuna da colmare rispetto alle decisioni coperte dai regolamenti europei[32].

Chi scrive condivide la tesi interpretativa appena analizzata: essa, infatti, garantisce l'attuazione del principio di equivalenza tra la tutela interna e quella europea a situazioni analoghe[33], eliminando una evidente disparità di trattamento processuale a svantaggio della seconda. Peraltro, una volta che di tale interpretazione si siano accettati i presupposti teorici, essa appare agevolmente applicabile a tutti quei procedimenti di riconoscimento ed esecuzione previsti dai regolamenti europei per i quali l'Italia ha indicato la competenza della Corte d'appello[34]. In tali casi, in effetti, l'applicazione dell'art. 30 del decreto n. 150 è del tutto lineare.

Un discorso a parte va fatto rispetto al regolamento n. 1215 del 2012 di cui si parla in queste pagine.

Anche tale regolamento si limita a stabilire alcune regole quadro ad hoc, lasciando poi ad ogni Stato l'individuazione del modello procedurale applicabile al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni provenienti dagli altri Stati membri. Tra tali "norme quadro", ho già segnalato l'art. 48, alla cui stregua l'autorità giurisdizionale dello Stato richiesto statuisce sulla domanda di diniego dell'e-

[27] Abbamonte, in Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo, 2013, p. 384 ss.; Marino, Attuazione delle sentenze e provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, in Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 916 ss.; Consolo, Il nuovo rito sommario (a cognizione piena) per il giudizio di accertamento dell'efficacia delle sentenze straniere in Italia dopo il d.lgs. n. 150/2011, in Riv. dir. int. priv. proc., 2012, p. 523, afferma che gli argomenti che fanno propendere con forza per l'estensione della disciplina del nuovo rito sommario al riconoscimento delle sentenze comunitarie siano "plurimi"

[28] Consolo, Il nuovo rito sommario (a cognizione piena), cit., p. 523.

[29] Consolo, op. loc. cit.

[30] Consolo, op. loc. ult. cit.

[31] Consolo, op. loc. cit.

[32] Consolo, op. cit., p. 524.

[33] Consolo, op. loc. ult. cit.

[34] Il riferimento è, in primis, al regolamento n. 2201 del 2003.

secuzione senza indugio, anticipando che tale norma fornisce all'interprete italiano anche un importante fattore di valutazione ai fini dell'individuazione del modello procedimentale da applicare in questo contesto.

È vero che il regolamento n. 1215 ha eliminato il procedimento di *exequatur*: è dunque venuto meno, nella materia civile e commerciale, il richiamo analogico al procedimento monitorio, strutturato con una fase inaudita altera parte ed una successiva di opposizione.

Nel nuovo regime, piuttosto, come si è visto, si prospetta la possibilità, per il debitore, di proporre opposizione all'esecuzione della decisione straniera, proponendo quello che si configura come un procedimento di accertamento negativo, di cui, però, il regolamento n. 1215 non detta alcuna disciplina specifica. Nel nuovo sistema, inoltre, è venuta meno la competenza della Corte d'appello a pronunciarsi in materia di riconoscimento e di opposizione all'esecuzione. La disciplina del regolamento n. 1215 è peraltro successiva all'art. 30 del decreto n. 150. Quest'ultima norma non ha natura eccezionale e il "sotto-rito" dalla stessa enucleato può essere elevato a modello di riferimento per ogni situazione processuale in cui, in mancanza di norme ad hoc, si debba esaminare la sussistenza o la mancanza di elementi ostativi all'ingresso nel nostro ordinamento di decisioni giudiziarie straniere.

In sostanza, nel contesto del regolamento n. 1215 del 2012, è possibile prospettare un ulteriore "sotto-rito" rispetto a quello previsto dall'art. 30 del decreto n. 150 e in cui il modello sommario semplificato non è seguito avanti alla Corte d'appello bensì avanti al Tribunale, per le opposizioni all'esecuzione della decisione straniera proposte dal debitore per fare valere la sussistenza di uno dei motivi di diniego di cui all'art. 45.

Tale soluzione interpretativa consente, in effetti, di dare attuazione al disposto dell'art. 48 del regolamento (v. supra), essendo evidente che il rito sommario abbia tempistiche ben più celeri rispetto a quello ordinario.

### 13. Uno sguardo al futuro (non necessariamente tranquillizzante)

Come si è visto, il regolamento n. 1215 ha introdotto un "metodo ibrido" per la circolazione delle decisioni tra gli Stati membri dell'Unione. Si tratta sicuramente

di un "passo in avanti" nell'attuazione del principio del riconoscimento automatico ma, al contempo, è l'espressione di un atteggiamento prudente rispetto alla direzione intrapresa a livello politico dalla Commissione europea.

Il generale superamento di ogni controllo "a valle" della decisione resa in un altro Stato membro è stato in effetti considerato prematuro. Tale prudenza appare condivisibile[35].

A ben vedere, alla fiducia reciproca elevata a pilastro dello spazio europeo di giustizia a livello politico non necessariamente fa riscontro una fiducia effettiva nel caso concreto. In effetti, è ormai evidente che le norme comuni europee in questo ambito e la relativa attività interpretativa svolta dalla Corte di giustizia, nel valorizzare, a livello "politico", la fiducia reciproca come canone ermeneutico delle regole che governano lo spazio europeo di giustizia, hanno dimostrato di non riuscire a tutelare in modo adeguato la violazione di diritti fondamentali da parte del giudice di origine nel caso concreto[36].

Emblematica a questo riguardo (peraltro con riferimento al regolamento n. 2201 del 2003) mi sembra la recente decisione della Corte di giustizia nel caso C-386/17, del 16 gennaio 2019 (nomi delle parti omessi per motivi di privacy), in risposta a una questione di interpretazione pregiudiziale proveniente dalla Cassazione italiana[37].

Nella fattispecie, tra due coniugi (marito italiano e madre romena), era stato inizialmente proposto un procedimento in Italia sulla separazione e sulla responsabilità genitoriale sul figlio della coppia. In seguito, la madre aveva instaurato un procedimento di divorzio in Romania, nel quale aveva chiesto anche l'affidamento del medesimo minore. Il giudice romeno, pur adito per secondo, non aveva accolto l'eccezione di litispendenza sollevata ai sensi dell'art. 19 del regolamento del 2201, per poi emettere una sentenza, poi passata in giudicato, con la quale aveva affidato il figlio minore in via esclusiva alla madre. Tutto questo prima che fosse definito il procedimento italiano previamente instaurato, nel quale il minore stesso era stato affidato in via esclusiva al padre. Dopo il passaggio in giudicato della sentenza romena di divorzio, poi, la Corte d'appello di L'Aquila aveva dichiarato inammissibile la domanda del padre di affidamento del figlio minore.

[35] Per una posizione critica rispetto alla "fiducia reciproca", v. Storskrubb, op. cit., p. 331; Requejo Isidro, op. cit., p. 289.

[36] V. Düsterhaus, op. cit., p. 27, che scrive: "So far, the EU's apex court may have played an ambiguous role as it seemed to promote trust and recognition to the detriment of individual scrutiny". V. anche Linton, op. cit., p. 275 ss.

[37] Cass., 20 giugno 2017, n. 15183.

re in quanto la questione era già stata decisa in senso contrario in via definitiva in Romania.

La Cassazione, a quel punto, aveva proposto alla Corte di giustizia una questione interpretativa delle norme sulla litispendenza eurounitaria, in sostanza chiedendo se potesse essere negato il riconoscimento di un provvedimento emesso all'estero in caso di violazione di tali norme, sul piano dell'ordine pubblico processuale. Si trattava di un tentativo di garantire il rispetto di un diritto fondamentali nel caso concreto, a fronte di quello che appariva un evidente "errore" nell'applicazione delle norme sulla litispendenza da parte del giudice straniero.

La Corte di giustizia, però, non ha ritenuto fondati i dubbi espressi dalla Cassazione, in sostanza attribuendo alla "fiducia reciproca" tra le autorità giurisdizionali un valore assorbente rispetto al rispetto delle regole uniformi nel caso concreto. Come conseguenza, il procedimento di separazione italiano, pur preventivamente instaurato, ha dovuto "cedere" al riconoscimento della decisione romana di divorzio (dal contenuto diametralmente opposto a quello dei provvedimenti sino a quel momento emessi in Italia) resa nel giudizio iniziato per secondo ma deciso in tempi più brevi.

Questa pronuncia a mio avviso conferma l'affermazione di esordio del mio ragionamento. Il rischio che si prospetta, nell'attuale contesto socio-politico, è quello di una "crisi di rigetto" rispetto a norme comuni europee percepite come non adeguate a garantire le specificità dei singoli Stati membri[38].

In un'Europa connotata dal diffondersi di movimenti "sovranisti", il funzionamento dello spazio europeo di giustizia non attira l'attenzione dei demagoghi e non è un tema spendibile in una campagna elettorale. Resta il fatto

che prima o poi qualcuno potrebbe ritenere inaccettabile la cessione di sovranità orizzontale causata dal riconoscimento automatico delle decisioni[39] e che dunque, in un mutato assetto politico delle istituzioni dell'Unione, si possa assistere a inversioni di tendenza rispetto alle attuali scelte politiche. In altre parole, quella che appariva come la marcia inarrestabile verso l'affermazione universale del principio di automatico riconoscimento nell'ambito dello spazio europeo di giustizia potrebbe avere una battuta di arresto e forse anche fare dei passi indietro.

Personalmente, non lo ritengo uno scenario tranquillizzante. Al contempo, ritengo che ci debba essere piena consapevolezza del fatto che, allo stato, alla fiducia reciproca affermata come principio non corrisponde, nei fatti, una fiducia effettiva: fiducia che, d'altro canto, non si costruisce con le affermazioni altisonanti o con la retorica, ma operando fattivamente sulla realtà.

In altre parole, il principio dell'automatico riconoscimento non va né rinnegato né annacquato ma va attuato costruendo in concreto quella fiducia che di tale principio è il presupposto e l'ossatura.

In particolare, molti interpreti sostengono che tale fiducia si possa conseguire aumentando il livello di armonizzazione ed uniformazione del diritto (anche processuale)[40]. Si deve poi garantire che negli Stati membri la magistratura sia democratica e indipendente. Inoltre, appare necessario sviluppare i contatti tra autorità giurisdizionali e i network tra operatori del diritto di Stati membri diversi. Il primo passo per la fiducia, in effetti, parte dalla conoscenza reciproca.

La risposta ai dubbi e alle perplessità che si sono qui tratteggiati sta dunque nell'aumentare i contatti e i confronti, non nella (ri)costruzione di barriere.

[38] Per una prospettiva interessante, v. Storskrubb, op. cit., p. 312, che propone un paragone tra automatico riconoscimento e multiculturalismo.

[39] V. Storskrubb, op. cit., p. 312.

[40] Come evidenzia Düsterhaus, op. cit., p. 72, "common rules foster confidence". V. anche Storskrubb, op. cit., p. 298.

## NOTIFICAZIONI A MEZZO PEC

# La Cassazione afferma la nullità della notificazione ad indirizzo di posta elettronica certificata estratto dal registro INI-PEC: una decisione da dimenticare

Martino Zulberti

del 17 aprile 2019

### Sommario

1. Il caso deciso dalla sentenza n. 3709/2019 della Corte di cassazione
2. Il principio di diritto affermato
3. Osservazioni critiche
4. Rilievi conclusivi

### 1. Il caso deciso dalla sentenza n. 3709/19 della Corte di cassazione

Con la sentenza n. 3709/19 la Corte di cassazione si occupa della questione se sia valida la notificazione effettuata dal difensore ad indirizzo PEC estratto dal registro INI-PEC.

In sintesi i fatti del caso.

L'amministrazione finanziaria proponeva ricorso per cassazione avverso una sentenza notificata al difensore tramite PEC ad indirizzo estratto dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC).

Al fine di stabilire la tempestività dell'impugnazione, posto che, pur rispettato il termine semestrale di cui all'art. 327 c.p.c., era decorso il termine breve per l'impugnazione di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, la Corte si è chiesta se potesse ritenersi valida la notificazione effettuata all'indirizzo di posta elettronica risultante nel registro INI-PEC.

La soluzione cui è approdata la Corte è stata in senso negativo, sì da ritenere ammissibile l'impugnazione, sulla scorta del rilievo per cui la notificazione della sentenza ad indirizzo PEC attinto dal registro INI-PEC dovrebbe ritenersi nulla e perciò inidonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione.

### 2. Il principio di diritto affermato

Siffatta conclusione è stata argomentata attraverso il richiamo a precedenti giurisprudenziali<sup>[1]</sup>, nei quale sarebbe stato stabilito - nella lettura operata dai giudici di legittimità -, per un verso, che la notificazione dell'impugnazione andrebbe effettuata all'indirizzo PEC del difensore costituito risultante dal registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e, per altro verso, che la notificazione della sentenza ad indirizzo PEC diverso da quello inserito in tale registro non sarebbe idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione.

In base a tali principi, la sentenza è giunta ad affermare che «*Il domicilio digitale previsto dal d.l. n. 179 del 2012, art. 16 sexies, conv. con modif., in l. n. 221 del 2012, come modificato dal d.l. n. 90 del 2014, conv. con modif., in l. n. 114 del 2014, corrisponde all'indirizzo pec che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che, per il tramite di quest'ultimo è inserito nel registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE), gestito dal Ministero della giustizia. Solo questo indirizzo è qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'effettiva difesa, sicché la notificazione di un atto giudiziario ad un indirizzo pec riferibile - a seconda dei casi - alla parte personalmente o al difensore, ma diverso da quello inserito nel ReGIndE, è nulla, restando del tutto irrilevante la circostanza che detto*

[1] Cass. 14 dicembre 2017, n. 30139; Cass. 25 maggio 2018, n. 13224.

indirizzo risulti dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC)».

### 3. Osservazioni critiche

Un tale principio di diritto appare criticabile per varie ragioni.

L'art. 16-sexies d.l. n. 179/12 dispone che, fatto salvo quanto previsto dall'art. 366 c.p.c. in relazione al giudizio di cassazione[2], le notificazioni di atti in materia civile al difensore in cancelleria su istanza di parti private è possibile solo quando la notificazione tramite PEC sia impossibile per causa imputabile al destinatario. A sua volta, l'art. 82, r.d. n. 37/1934 stabilisce che il difensore, che eserciti fuori dalla circoscrizione d'appartenenza, deve eleggere domicilio nel luogo dove ha sede il giudice adito, considerandosi, in mancanza, il domicilio presso la cancelleria. Dal coordinamento delle due norme sembra oggi da negare la possibilità di procedere alla notifica in cancelleria anziché all'indirizzo PEC[3]. Si coglie dunque che l'art. 16-sexies regola il "domicilio digitale" del difensore imponendo la notifica degli atti alla PEC di quest'ultimo, con esclusione della possibilità di procedere alla notifica in cancelleria, rimanendo per contro estranea dal campo di applicazione della norma l'ipotesi di notificazione direttamente alla parte, di cui erroneamente discorre la Corte[4].

Quanto poi l'indirizzo PEC al quale va effettuata la notificazione, può osservarsi, per un verso, che l'art. 16-sexies

d.l. n. 179/12 fa riferimento a quelli risultanti nel registro INI-PEC in alternativa nel ReGIndE e, per altro verso, che i precedenti richiamati dalla sentenza in esame non hanno invero escluso la rilevanza del registro INI-PEC[5]. La soluzione adottata dalla Corte non può perciò essere condivisa neppure sotto tale profilo.

Con riferimento, più in generale, alle notificazioni con modalità telematica ad opera del difensore, l'art. 3-bis l. n. 53/94 stabilisce che vadano eseguite all'indirizzo PEC risultante da pubblici registri. A sua volta, l'art. 16-ter d.l. n. 179/12 individua i pubblici registri dai quali può essere estratto l'indirizzo PEC al quale procedere alla notificazione. Più specificamente, nella versione di tale articolo introdotta, da ultimo, dal d.lgs. n. 217/17 viene fatto riferimento ai registri previsti dagli articoli 6-bis[6], 6-quater[7] e 62[8] d.lgs. n. 82/05, dall'art. 16, comma 12, del medesimo decreto legislativo[9], dall'art. 16, comma 6, d.l. n. 185/08, conv. con modif. dalla l. n. 2/09[10], nonché al registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia. In ragione di ciò, il principio di diritto affermato dalla Corte appare privo di fondamento positivo, laddove, anche con riferimento alla notificazione personale alla parte, ne limita la validità se effettuata ad indirizzo PEC inserito nel ReGIndE[11].

### 4. Rilievi conclusivi

Sorge, infine, il dubbio se il problema giuridico che era chiamata a risolvere la Corte non fosse piuttosto quel-

[2] In particolare il riferimento va all'art. 366, comma 2, c.p.c. giusta il quale «Se il ricorrente non ha eletto domicilio in Roma ovvero non ha indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine, le notificazioni gli sono fatte presso la cancelleria della Corte di cassazione».

[3] Sul punto, cfr. A. Bonafine, *L'art. 82, r.d. n. 37/1934 sotto la spinta del "domicilio digitale". Una pronuncia a conferma del favor per le forme telematiche*, in *Corriere giur.*, 2018, 88 ss.

[4] Una acritica ed errata applicazione del principio di diritto affermato dalla Corte è stata fatta dalla giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto non correttamente effettuata la notifica di un decreto ingiuntivo all'indirizzo PEC del debitore ingiunto estratto dal registro INI-PEC: cfr. Trib. Cosenza 1 marzo 2019, in *www.ilprocessotelematico.it*, con nota critica di F. Testa.

[5] Cass. 25 maggio 2018, n. 13224 ha sostenuto che «l'unico indirizzo di posta elettronica critica rilevante è quello risultante dagli elenchi di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 6 bis [il registro INI-PEC, ndr], nonché dal ReGIndE, gestito dal Ministero della giustizia», su questa premessa escludendo che la notificazione possa essere effettuata al diverso indirizzo PEC che sia eventualmente indicato dalla parte negli atti di causa. In senso simile Cass. 14 dicembre 2017, n. 30139 ha osservato, con riferimento all'art. 16 sexies d.l. n. 179/12 che «tale norma, dunque, nell'ambito della giurisdizione civile (...) impone alle parti la notificazione dei propri atti presso l'indirizzo PEC risultante dagli elenchi INI PEC di cui al d. lgs. n. 82 del 2005, art. 6 bis (codice dell'amministrazione digitale) ovvero presso il ReGIndE, di cui al d.m. n. 44 del 2011, gestito dal Ministero della giustizia», con conseguente nullità della notificazione presso la cancelleria, salvo nei casi di impossibilità a procedersi a mezzo PEC per cause imputabili al destinatario.

[6] Indice nazionale dei domicili digitali (INI-PEC).

[7] Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche e degli altri enti di diritto privato, non tenuti all'iscrizione in albi professionali o nel registro delle imprese.

[8] A sensi dell'art. 3-bis d.l. n. 179/12 ogni cittadino può comunicare alla PA un proprio indirizzo PEC quale proprio domicilio digitale, che viene inserito nell'Anagrafe nazionale della popolazione residente.

[9] Elenco indirizzi PEC delle pubbliche amministrazioni.

[10] Registro delle imprese.

[11] G. Vitriani, *I pubblici registri utilizzabili per la notifica telematica: la Cass. n. 3709/19 e i profili problematici*, in *www.ilprocessotelematico.it*.

lo della validità della notificazione effettuata ad indirizzo PEC risultante dell'Indice delle Pubbliche Amministrazioni (iPA); registro oggi disciplinato dall'**art. 6-ter d.lgs. n. 82/05** e nel quale sono indicati «i domicili digitali da utilizzare per le comunicazioni e per lo scambio di informazioni e per l'invio di documenti a tutti gli effetti di legge tra le pubbliche amministrazioni, i gestori di pubblici servizi e i privati». Difatti, si legge nel provvedimento in esame che la difesa erariale aveva eccepito la nullità della notificazione della sentenza impugnata e sostenuto di conseguenza la tempestività del ricorso per cassazione in ragione del fatto che l'indirizzo PEC al quale era stata effettua-

ta la notifica «viene utilizzato dall'Avvocatura dello Stato per scopi amministrativi e non giudiziari». Il che fa pensare che tale indirizzo PEC fosse quello indicato nell'iPA e non nel registro INI-PEC, come, per contro, si legge nella sentenza[12]. Il registro iPA sino al 2014 poteva essere utilizzato per l'individuazione degli indirizzi PEC ai quali procedere con la notificazione, essendo annoverato dall'**art. 16-ter d.l. n. 179/12** fra i pubblici registri. Il richiamo ad esso, però, è stato espunto dal contesto dell'**art. 16-ter**, per effetto dell'**art. 45, comma 2, lett. a), d.l. n. 90/2014**, ragione per cui è oggi discussa la validità delle notificazioni effettuate agli indirizzi PEC ricavati da tale registro[13].

[12] Secondo il Presidente del CNF, come evidenziato nella lettera del 5 marzo 2019 inviata al Primo Presidente della Corte di cassazione, si tratterebbe di un errore materiale nel quale sarebbero incorsi i giudici di legittimità. Conf., M. Reale, *La Cassazione non qualifica INI PEC pubblico elenco valido per le notifiche ex l. n. 53 del 1994*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

[13] L'orientamento prevalente appare orientato a negare che il registro iPA che possa essere considerato pubblico registro ai fini in questione: cfr. Cass. 9 gennaio 2019, n. 287; Cass. 11 maggio 2018, n. 7026. Conf. A. Bonafine, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*, Napoli, 2017, 230; L. Durello, *La notificazione a mezzo posta elettronica certificata da parte dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 1251; V. Di Giacomo, *Il processo civile telematico*, Milano, 2015, 263 s. In senso contrario, cfr. Cons. Stato 12 dicembre 2018, n. 7026; Trib. Milano 8 dicembre 2016, n. 33200, in [www.ilprocessociviletelematico.it](http://www.ilprocessociviletelematico.it), con nota critica di P. Calorio.



## MALA FEDE E COLPA GRACE DELLA PARTE PROCESSUALE

# La lite temeraria: analisi dell'art. 96, commi 1 e 2, c.p.c.

Martina Mazzei

del 18 aprile 2019

### Sommario

1. Il principio del *victus victori* e la responsabilità aggravata o per c.d. lite temeraria
2. L'art. 96, comma, 1 c.p.c. Il presupposto soggettivo (malafede e colpa grave) e oggettivo (soccumbenza totale)
3. L'art. 96, comma 2, c.p.c. Il presupposto soggettivo (colpa lieve) e oggettivo (inesistenza del diritto)

### 1. Il principio del *victus victori* e la responsabilità aggravata o per c.d. lite temeraria

L'art. 91 c.p.c. a norma del quale «il giudice, con sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa» sancisce, per il processo di cognizione, il principio della soccombenza.

Tale principio, noto anche con il brocardo *victus victori*[1], costituisce una specificazione della regola secondo cui «la necessità di ricorrere al giudice non deve tornare a danno di chi abbia ragione»[2] chiamando, quindi, colui il quale è stato dichiarato soccombente dal giudice al pagamento delle spese di lite e degli onorari di difesa.

La ratio di questa norma è, quindi, quella di «ristabilire un corretto riequilibrio del rapporto fra le parti, che non devono (o almeno non dovrebbero) subire un pregiudizio per il fatto di essere state costrette a convenire o per essere state convenute in giudizio quando il giudice abbia poi

concluso riconoscendo il loro buon diritto»[3].

L'obbligo di refusione derivante dalla soccombenza, per tale ragione, non ha carattere sanzionatorio bensì indennitario in quanto l'agire e il resistere in giudizio sono espressione di un diritto costituzionale tale per cui le parti sono sempre pienamente libere di ricorrere al giudice.

Il principio generale della soccombenza opera, tuttavia, fino a che tale diritto non si trasformi in abuso e, in particolare, quando l'abuso sia perpetrato dalla parte risultata vincitrice. Su questi presupposti si fonda la responsabilità aggravata[4] o per c.d. lite temeraria[5] prevista all'art. 96 c.p.c. Tale disposizione, infatti, vieta espressamente l'uso distorto dell'azione e della difesa in giudizio configurando una forma di responsabilità aggravata[6].

Naturalmente, poiché il risarcimento dei danni presuppone un fatto illecito è evidente che tale responsabilità si potrà configurare solo quando il comportamento di colui che ha agito o resistito in giudizio, ed ha poi avuto torto, abbia assunto modalità tali da attribuirgli i caratteri dell'illeceità.

[1] L'espressione è stata coniata da CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 46 ss.

[2] Così CHIOVENDA G., *La condanna alle spese giudiziali*, II, Roma, 1953, p. 147.

[3] Così E. M. BARBIERI, *La concezione polifunzionale della responsabilità civile e l'art. 96 comma 3 c.p.c.*, in [www.aulacivile.it](http://www.aulacivile.it), 2019.

[4] In generale sull'argomento v. C. CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 378; E. GRASSO, *Note sui danni da illecito processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 270; E. GRASSO, *Della responsabilità delle parti*, in *Comm. c.p.c. diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, p. 109; G. BONGIORNO, *Responsabilità aggravata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; A. GIUSSANI, *Responsabilità aggravata (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, 2012; S. DE LUCIA, *Percorsi di giurisprudenza - La lite temeraria tra indennità e sanzione*, in *Giur. It.*, 2019, 1, 212; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, vol. I, Torino, 2015, p. 430 ss.

[5] L'espressione *lite temeraria* con la quale è meglio ricordato il disposto dell'art. 96 c.p.c. era adoperata espressamente nel codice previgente all'art. 370 il quale disponeva «la parte soccombente è condannata alle spese del giudizio, e trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento dei danni.»

[6] Non bisogna, tuttavia, cadere nell'errore di identificare la lite temeraria con la disciplina dell'abuso del processo. Si tratta, infatti, di fattispecie diverse in rapporto di strumentalità e trasversalità. La lite temeraria e, in particolare, il nuovo terzo comma dell'art. 96 c.p.c. (comma aggiunto dall'art. 45, comma 12, della L. 69/2009) viene considerato dalla giurisprudenza come uno strumento volto a sanzionare l'abuso del processo.

Ciò può realizzarsi, trattandosi dell'esercizio di un diritto, solo in quanto si ponga in essere un abuso di quel diritto<sup>[7]</sup>, ossia un suo esercizio al di fuori del suo schema tipico o al di là dei limiti determinati dalla sua funzione.

L'art. 24 Cost., infatti, sancendo che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» conferisce, da un lato, il diritto inviolabile di difesa e, dall'altro un potere di azione che la parte può esercitare a tutela dei suoi diritti. Ove, tuttavia, si accerti che tale potere è stato esercitato a tutela di pretese infondate la parte sarà chiamata a rispondere del suo operato che, inevitabilmente, ha ingenerato un danno.

Infatti «poiché la ragione per cui l'agire o il resistere in giudizio è riconosciuto come diritto anche a colui al quale il giudice darà torto sta nel fatto che al momento in cui si decide di agire o resistere non si può ancora sapere se si avrà ragione o torto, quando viceversa dovesse risultare certo che la parte, che ha agito o resistito, era ben consapevole del suo torto ed ha agito per spirito di emulazione od altre ragioni analoghe o resistito con intenti dilatori o defatigatori, questa situazione di malafede sarebbe rilevante di un abuso del diritto d'azione e perciò di un comportamento illecito»<sup>[8]</sup>.

La legge, quindi, accorda protezione e garanzia solo a coloro i cui diritti o interessi siano stati realmente lesi o violati mentre chi agisce o resiste in giudizio temerariamente, utilizzando in maniera distorta il processo, non ha diritto ad essere garantito bensì punito in quanto, impegnando ingiustamente la giustizia, viola il principio dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo.

La ratio della previsione di cui all'art. 96 c.p.c. è, quindi, quella di risarcire il danno causato dal riprovevole comportamento processuale dell'altra parte e di costituire un monito in grado di condizionare il comportamento delle parti nel processo.

Secondo autorevole dottrina<sup>[9]</sup> la norma sanziona con la condanna al risarcimento dei danni, in aggiunta alla refusione delle spese di lite, il c.d. illecito processuale, caratterizzato da un elemento materiale, vale a dire un contegno relativo ad una controversia e, da un elemento soggettivo, ossia il fatto che l'autore rivesta necessariamente la qualità di parte nel processo.

Anche la giurisprudenza qualifica detta responsabilità come processuale in quanto la stessa scaturisce da un comportamento doloso o colposo posto in essere nel processo (sia esso cognitivo, cautelare, esecutivo o di volontaria giurisdizione) oppure da un comportamento connesso al processo (trascrizione di domanda giudiziale) ovvero successivo al processo (iscrizione di ipoteca giudiziale).

Per queste ragioni, a discapito della rubrica della norma, gli studiosi si riferiscono all'istituto ribattezzandolo «responsabilità processuale aggravata». È, infatti, innegabile che l'art. 96 c.p.c. configuri una fattispecie di illecito il cui elemento materiale consiste nello svolgimento di un'attività processuale o che, quantomeno, trae origine dal processo. Secondo dottrina e giurisprudenza maggioritaria l'art. 96 c.p.c. configura un'ipotesi speciale di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.

La Suprema Corte, infatti, ha più volte affermato che «l'art. 96 c.p.c. si pone con carattere di specialità rispetto all'art. 2043 cod. civ. di modo che la responsabilità processuale aggravata, - ad integrare la quale è sufficiente nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 96 c.p.c. la colpa lieve, come per la comune responsabilità aquiliana, - pur rientrando concettualmente nel genere della responsabilità per fatti illeciti, ricade interamente, in tutte le sue possibili ipotesi, sotto la disciplina normativa contenuta nel citato art. 96 c.p.c., né è configurabile un concorso, anche alternativo, dei due tipi di responsabilità»<sup>[10]</sup>.

La specialità delle ipotesi di responsabilità configura-

<sup>[7]</sup> Sull'abuso del processo v. in dottrina A. DONDI - A. GIUSSANI, Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, 193 ss; MONTANARI M., Note minime sull'abuso del processo civile, in Corr. Giur., 2011, 556; G. NICOTINA, L'abuso del processo civile, Roma, 2005; L. P. COMOGLIO, Abuso del processo e garanzie costituzionali, in Riv. dir. proc., 2008, 319; L. P. COMOGLIO, Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice? (Nota a Cass. S. U., 3 novembre 2008, n. 26373, Foschini c. Soc. servizi tecnici), in Riv. dir. proc., 2009, 1686, V. ANSANELLI, Abuso del processo, in Dig. civ., Agg., I, Torino, 2007; A. DONDI, Abuso del processo (dir. proc. civ.), in Enc. dir. Annali, III, Milano, 2010; M. TARUFFO, L'abuso del processo: profili generali, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, 117; M. FARNACIARI, L'abuso dell'abuso del processo, in Riv. dir. proc., 2017, 6, 1456; A. CARRATTA, L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art 96 comma 3 c.p.c., in Fam e dir., 2011, 814; F. CORDOPATRI, L'abuso del processo, Padova 2000;

<sup>[8]</sup> Si esprime in questi termini C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali, vol. I, Torino, 2015, p. 430-431.

<sup>[9]</sup> Cfr. E. GRASSO, Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali, in Comm. c.p.c. Allorio, I, Torino, 1973, 1030, ID., Note sui danni da illecito processuale, in Riv. dir. proc., 1959, 270 e ID., Individuazione delle fattispecie di illecito processuale e sufficienza della disciplina dell'art. 96 c.p.c., in Giur. it., 1961, I, 93.

<sup>[10]</sup> Così Cass. civ. sez. II, 12 marzo 2002, n. 3573. Recentemente nello stesso senso cfr. Cass. civ. sez. VI - 3, Ord. 16 maggio 2017, n. 12029 ove si legge che «le ipotesi di responsabilità configurate dall'art. 96 c.p.c. (quanto meno nei primi due commi, e prescindendo dal terzo comma di più recente introduzione) costitui-

te dall'art. 96 c.p.c., rispetto alla fattispecie generale di cui all'art. 2043 c.c., è costituita dal presupposto della soccombenza (richiesto dalle prime e non dalla seconda) e dalla peculiarità del fatto illecito dannoso rappresentato dalla violazione di una norma di diritto processuale (ove, invece, il generale illecito aquiliano è basato sulla violazione di una norma di diritto sostanziale). Inoltre, il risarcimento ex art. 2043 può essere chiesto in un processo diverso da quello nel quale si è prodotto il danno, mentre l'art. 96 c.p.c. presuppone che il danno sia liquidato nella sentenza che chiude il processo nel quale esso si è verificato. La domanda di cui all'art. 96 c.p.c., tanto per l'an che per il quantum, è, infatti, inammissibile se non formulata di fronte allo stesso giudice competente per il merito della causa cui i pretesi danni si riferiscono. Sulla base di tali considerazioni si può affermare che l'art. 96 c.p.c. contiene la disciplina integrale e completa della c.d. «responsabilità processuale aggravata» tale per cui è preclusa ogni possibilità di invocare, con domanda autonoma e concorrente, i principi generali della responsabilità per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., poiché tra le due fattispecie vi è un rapporto di specialità che rende inconfigurabile il concorso tra le due norme. Pertanto - non essendo possibile il concorso tra la fattispecie generale ex art. 2043 c.c. e quella speciale ex art. 96 c.p.c. - il danno riconducibile alla scorretta condotta processuale è soggetto esclusivamente alla disciplina speciale di cui all'art. 96 c.p.c.

## 2. L'art. 96, comma, 1 c.p.c. Il presupposto soggettivo (malafede e colpa grave) e oggettivo (soccombenza totale)

L'art. 96 c.p.c. al primo comma stabilisce che «se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza». L'affermazione di responsabilità processuale aggravata della parte soccombente, secondo tale previsione normativa, richie-

de la sussistenza di tre elementi: il carattere totale della soccombenza; l'elemento soggettivo consistente nell'aver agito con mala fede o colpa grave e l'elemento oggettivo rappresentato dalla dimostrazione della concreta ed effettiva esistenza di un danno subito dalla controparte come conseguenza diretta ed immediata di detto comportamento processuale<sup>[11]</sup>.

Presupposto indefettibile della responsabilità processuale aggravata è la totale soccombenza nel giudizio<sup>[12]</sup>.

La responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., infatti, integrando una particolare forma di responsabilità processuale, a carico della parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, richiede necessariamente la totale soccombenza della parte.

Secondo la giurisprudenza, infatti, non si può ricorrere all'applicazione dell'art. 96 co. 1 c.p.c. quando non si sia verificato il requisito della totale soccombenza<sup>[13]</sup>.

Per quanto concerne, invece, l'elemento soggettivo la dottrina distingue la malafede dalla colpa grave individuando la prima nella «coscienza di operare slealmente o nella piena consapevolezza di avere torto» e, la seconda, nella «mancanza di diligenza della parte nel valutare se il diritto sia sussistente o se l'atto sia rituale».

La giurisprudenza, invece, tende a far rientrare l'elemento soggettivo all'interno del concetto unitario di temerarietà che consiste nella ignoranza colpevole, nel mancato doveroso impiego della necessaria diligenza, nella consapevolezza del proprio torto, nella volontà di servirsi del processo per scopi estranei ai suoi fini istituzionali.

La Suprema Corte afferma, infatti, che «l'elemento soggettivo deve ravvisarsi in tutti quei casi in cui vi sia conoscenza della infondatezza della domanda e delle tesi sostenute ovvero difetto della normale diligenza nell'acquisizione di detta conoscenza».

Recentemente, inoltre, la Corte di Cassazione<sup>[14]</sup> ha affermato che «in materia di responsabilità civile aggravata condotte sintomatiche dell'elemento soggettivo della mala fede

scono fattispecie speciali di responsabilità civile in rapporto a quella generale prevista dall'art. 2043 c.c. e la loro specificità (che ne giustifica la particolare disciplina, anche sul piano della tutela giudiziale) è costituita proprio dal peculiare fatto illecito dannoso, rappresentato da una condotta processuale (consistente, per quanto riguarda la fattispecie di cui dell'art. 96 c.p.c., comma 1, nell'aver agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave). Ne consegue che, non essendo possibile concorso tra la fattispecie generale di cui all'art. 2043 c.c. e quella speciale di cui all'art. 96 c.p.c., il danno riconducibile alla scorretta condotta processuale è soggetto esclusivamente alla speciale disciplina di cui all'art. 96 c.p.c.». La giurisprudenza, sul punto, è costante: cfr., in proposito, Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2010, n. 5069; Cass. civ. sez. III, 24 luglio 2007, n. 16308; Cass. civ. sez. III, 20 luglio 2004, n. 13455; Cass. civ., sez. III, 23 aprile 2001, n. 5972; Cass. civ., sez. I, 19 maggio 1999, n. 4841; Cass. Sez. Un. civ., 6 febbraio 1984 n. 874. In dottrina v. E. GRASSO, Individuazione della fattispecie di illecito processuale e sufficienza dell'art. 96 cod. proc. civ., in *Giur. it.* 1961, I, 1, 93. In senso contrario F. CORDOPATRI, Un principio in crisi: victus victori, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 265 ss

[11] In giurisprudenza cfr. Cass. civ. sez. III, 29 settembre 2016, n. 19285; Cass. civ. sez. lav., 27 novembre 2007, n. 24645; Trib. Modena, sez. II, 13 aprile 2012, n. 620.

[12] Si esprime in questi termini Cass. civ. sez. I, 28 luglio 2000, n. 9897.

[13] Cfr. in tal senso Cass. civ. sez. II, 14 aprile 2016, n. 7409; Cass. civ. sez. I, 2 marzo 2001, n. 3035; Cass. civ. sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21590.

[14] Cass. civ. sez. VI - 3 Ord., 21 febbraio 2018, n. 4136.

o della colpa grave non si ravvisano soltanto nella consapevolezza della infondatezza in iure della domanda, ma anche nella omessa deduzione di circostanze fattuali dirimenti ai fini della corretta ricostruzione della vicenda controversa.» Il comportamento sanzionato dalla norma in commento si caratterizza, quindi, dal punto di vista soggettivo, per la mala fede e la colpa grave della parte che agisce o resiste in giudizio con la consapevolezza dell'infondatezza della propria pretesa o difesa, cioè abusando del diritto d'azione o per spirito di emulazione o per fini dilatori ovvero con la mancanza di quel minimo di diligenza o prudenza necessarie per rendersi conto dell'infondatezza della propria pretesa e per valutare le conseguenze dei propri atti. Il presupposto oggettivo dell'entità del danno comporta, invece, l'esistenza di un danno e la prova da parte dell'istante sia dell'an che del quantum debeatur in modo da consentire al giudice di identificarne concretamente l'esistenza e di disporre la relativa liquidazione<sup>[15]</sup>.

Ciò, tuttavia, non osta a che l'interessato possa dedurre, a sostegno della sua domanda, «condotte processuali dilatorie o defatigatorie della controparte, potendosi desumere il danno subito da nozioni di comune esperienza anche alla stregua del principio, ora costituzionalizzato, della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.) e della legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto), secondo cui, nella normalità dei casi e secondo l'id quod plerumque accidit ingiustificate condotte processuali, oltre a danni patrimoniali (quali quelli di essere costretti a contrastare una ingiustificata iniziativa dell'avversario sovente in una sede diversa da quella voluta dal legislatore e per di più non compensata sul piano

strettamente economico dal rimborso delle spese ed onorari liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente), causano ex se anche danni di natura psicologica, che per non essere agevolmente quantificabili, vanno liquidati equitativamente sulla base degli elementi in concreto desumibili dagli atti di causa»<sup>[16]</sup>.

La liquidazione del danno può operarsi, anche d'ufficio, in via equitativa ma ciò non scalfisce l'onere della prova, gravante sulla parte che richiede il risarcimento, sia della concreta esistenza di un pregiudizio sia della sua quantificazione. L'art. 96, 1 comma, c.p.c. configura, quindi, una forma di responsabilità che, andando oltre la normale responsabilità di rimborso come pura conseguenza obiettiva della soccombenza, si aggrava in quanto fondata su un illecito. Tale responsabilità dà diritto al risarcimento di tutti i danni che conseguono all'aver dovuto partecipare ad un giudizio obiettivamente ingiustificato.

In sostanza al soccombente temerario verranno addossati, oltre al normale rimborso delle spese, anche quegli ulteriori oneri che il vincitore ha subito in conseguenza del processo: come ad es. le quote non ripetibili, eventuali spese di viaggio, interessi di un tasso superiore a quello legale, eventuali lucri cessanti ecc.

Inoltre, dal momento che l'illecito si concreta nell'abuso di uno strumento processuale, la domanda del conseguente risarcimento è configurabile soltanto nell'ambito di quel processo, sicché essa non costituisce oggetto di un'autonoma azione ma si esaurisce in un potere endo-processuale collegato e connesso all'azione (o alla resistenza) esercitata in quel processo<sup>[17]</sup> o in quel grado di giudizio<sup>[18]</sup>.

[15] Cfr. Trib. Milano, sez. I, 18 aprile 2008, n. 5119; Trib. Bari, sez. II, 28 novembre 2005, n. 2597; Cass. civ. sez. I, 4 novembre 2005, n. 21393; Cass. civ. sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27383.

[16] Così Cass. civ. sez. lav., 27 novembre 2007, n. 24645.

[17] Cfr. Cass. civ. sez. III, 18 febbraio 2007, n. 9297 ove si è affermato che: «In tema di responsabilità aggravata, la norma dell'art. 96, cod. proc. civ., nell'affidare al giudice avanti al quale si è "agitato o resistito" (primo comma) ed a quello che ha compiuto l'accertamento "l'inesistenza del diritto" (secondo comma) il compito di essere investito della relativa istanza, non pone una regola di competenza, cioè non indica avanti a quale giudice si può esercitare un'azione di cui l'istanza è espressione, ma disciplina un fenomeno che si colloca all'interno di un processo già pendente e che si esprime nell'esercizio da parte del litigante di un potere all'interno di esso - quello di formulazione di un'istanza (e non della proposizione di un'azione) - il cui esercizio impone al giudice di provvedere sull'oggetto della richiesta, la quale, dunque, è strettamente collegata e connessa all'agire od al resistere in giudizio. Ne discende che il potere di rivolgere l'istanza, essendo previsto come potere endo processuale collegato e connesso all'azione od alla resistenza in giudizio, non può essere considerato (salvo il caso eccezionale che il suo esercizio sia rimasto precluso in quel processo da ragioni attinenti alla sua struttura e non dipendenti dall'inerzia della parte) come potere esercitabile al di fuori del processo e, quindi, suscettibile di essere esercitato avanti ad altro giudice, cioè in via di azione autonoma. Pertanto, quando tale esercizio avvenisse non ricorrerebbe una situazione di esercizio di un'azione davanti ad un giudice diverso da quello che sarebbe stato competente, bensì, l'esercizio di un'azione per un diritto non previsto dall'ordinamento, il quale appunto prevede il diritto di vedersi liquidare il danno da responsabilità aggravata (nelle due ipotesi previste dai due commi dell'art. 96) soltanto come diritto espressione del diritto di azione esercitato in un processo a tutela della situazione giuridica soggettiva principale che vi sia dedotta e, quindi, come diritto che di tale situazione è conseguenza e che, perciò lo è anche dell'azione con cui essa è fatta valere (in via attiva o passiva).»

[18] Per quanto riguarda la proponibilità della domanda ex art. 96 c.p.c. nel giudizio d'appello cfr. Cass. civ. sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 1115 ove si afferma che «la domanda di risarcimento danni per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. può essere proposta per la prima volta nella fase di gravame solo con riferimen-

### 3. L'art. 96, comma 2, c.p.c. Il presupposto soggettivo (colpa lieve) e oggettivo (inesistenza del diritto)

Lo stesso concetto di abuso del diritto di azione analizzato sta alla base della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 96 c.p.c. a norma del quale «il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore precedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente». L'istituto della responsabilità aggravata viene, qui, applicato all'esercizio dell'azione esecutiva e all'esercizio della fase esecutiva dell'azione cautelare o ad altre iniziative o trascrizioni di provvedimenti.

Il legislatore, in questi casi, ha ritenuto opportuno disciplinare separatamente e più severamente alcuni comportamenti che, per la loro aggressività, rischiano di creare danni a chi li subisce e, in relazione ai quali, sono necessarie maggiori cautele.

La responsabilità aggravata, di cui all'art. 96, secondo comma, c.p.c., sussiste, infatti, solo se, in aggiunta all'elemento soggettivo della violazione dei canoni di normale prudenza, sia accertato anche l'elemento oggettivo ossia l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare ovvero è stata trascritta domanda giudiziale ovvero è stata iscritta ipoteca giudiziale ovvero l'esecuzione forzata è stata iniziata e/o proseguita.

Rispetto all'agire temerario di cui al primo comma, per i comportamenti tipizzati in questo secondo capoverso, so-

no fissati dei requisiti ben differenti ai fini dell'integrazione dell'illecito processuale. Infatti, abbandonato il generico riferimento alla soccombenza, il presupposto di ordine oggettivo è rappresentato dalla inesistenza del diritto a tutela del quale erano stati compiuti gli atti indicati dalla norma. Inoltre non si richiede l'elemento soggettivo della mala fede o della colpa grave bensì il difetto della normale prudenza che è espressione comunemente intesa di colpa lieve ossia «la ragionevole ed oggettiva prevedibilità, secondo l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia, del successivo accertamento dell'inesistenza del diritto.»

Il secondo comma dell'art. 96 c.p.c., quindi, riferendosi alla parte che abbia agito senza la normale prudenza, abbassa la soglia dell'illecito alla colpa lieve.

La norma è, infatti, più severa rispetto alla norma di cui al primo comma in quanto la legge vuole evitare che si faccia un uso indiscriminato ed incauto di quella particolare normativa che, anticipando il giudizio, consente di agire, malgrado non sia stata ancora definitivamente accertata l'esistenza del diritto. L'ordinamento, in questi casi, per esigenze di rapidità ad immediata efficacia, mette a disposizione delle parti un'arma il cui uso è a rischio e pericolo di chi se ne avvale.

La ragione del maggior rigore risiede, dunque, nella necessità di tutelare in modo più efficace chi si trovi ingiustamente colpito da tali procedure le quali incidono sulla sfera patrimoniale dei soggetti passivi toccando la disponibilità dei beni loro appartenenti.

Per quanto riguarda, infine, il rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 96 c.p.c. si suole affermare sia in dottrina<sup>[19]</sup> che in giurisprudenza<sup>[20]</sup> che, poiché la portata dell'art. 96 esaurisce ogni ipotesi di responsabilità

to a comportamenti della controparte posti in atto in tale grado del giudizio, quali la colpevole reiterazione di tesi giuridiche già repute manifestamente infondate dal primo giudice ovvero la proposizione di censure la cui inconsistenza giuridica avrebbe potuto essere apprezzata in modo da evitare il gravame, e non è soggetta al regime delle preclusioni previste dall'art. 345, comma 1, c.p.c., tutelando un diritto conseguente alla situazione giuridica soggettiva principale dedotta nel processo, strettamente collegato e connesso all'agire od al resistere in giudizio, sicché non può essere esercitato in via di azione autonoma». Nello stesso senso v. Cass. civ. sez. III, 16 giugno 2016, n. 12413; Cass. civ. sez. III, 30 dicembre 2014, n. 27534; Cass. civ. sez. VI - 3, 18 novembre 2014, n. 24546 e Cass. civ. sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22226. La domanda di condanna al risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c. può essere proposta anche in sede di legittimità cfr. Cass. civ. sez. I, 11 dicembre 2012, n. 22659 secondo cui «la domanda di condanna al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata, ai sensi dell'art. 96 c.p.c., può, in linea di principio, essere proposta anche in sede di legittimità, per i danni che si assumono derivanti dal giudizio di cassazione. In particolare, se tale domanda si riferisce a danni conseguenti alla proposizione del ricorso, deve essere formulata, a pena di inammissibilità, con il controricorso. Tuttavia, l'accoglimento della domanda, per avere la controparte processuale agito o resistito in giudizio con dolo o colpa grave, presuppone l'accertamento sia dell'elemento soggettivo dell'illecito (mala fede o colpa grave), sia dell'elemento oggettivo (entità del danno sofferto), con la conseguenza che, ove dagli atti del processo non risultino elementi obbiettivi dai quali desumere la concreta esistenza del danno, nulla può essere liquidato a tale titolo, neppure ricorrendo a criteri equitativi».

[19] Cfr. E. GRASSO, Della responsabilità delle parti, in *Comm. c.p.c. diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, p. 1035. L'opinione, tuttavia, non è pacifica: in senso contrario v. L. MONTESANO, Sulla speciale responsabilità per imprudente esecuzione in materia di istruzione preventiva, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 1037.

[20] Cfr. Cass. civ. sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902 secondo cui «la previsione di cui al 1° comma dell'art. 96 c.p.c. non riguarda esclusivamente il processo di cognizione, ma ha natura generale e può ricomprendere anche illeciti processuali maturati all'interno delle ipotesi previste dal comma 2 dello stesso articolo, fuori dell'ipotesi speciale tipizzata dell'inesistenza del diritto.»

aggravata, e poiché, d'altra parte, il 2 comma della norma suddetta contempla ipotesi specifiche e ben delineate, ogni altra ipotesi di responsabilità aggravata non risultante tra queste ultime, ancorché concernente il processo esecutivo o cautelare, rientri nella portata del 1 comma.

### 1. Analisi casistica

L'art. 96, secondo comma, c.p.c. disciplina ipotesi di responsabilità aggravata tra loro eterogenee: esecuzione di un provvedimento cautelare; trascrizione di domanda giudiziale; iscrizione di ipoteca giudiziale; inizio o prosecuzione dell'esecuzione forzata.

Appare utile, pertanto, passare brevemente in rassegna le principali fattispecie attraverso l'analisi delle più rilevanti pronunce della Suprema Corte.

Per quanto riguarda il settore dell'esecuzione delle misure cautelari la giurisprudenza ha affermato la sussistenza della responsabilità aggravata in diverse ipotesi: nell'ipotesi in cui venga chiesta una misura cautelare ad un giudice che l'istante sappia incompetente, il quale sia indotto maliziosamente a concedere il mezzo cautelare con una fuorviante documentazione incompleta e nell'ipotesi in cui sia chiesta ed ottenuta una misura cautelare a tutela di un credito che, se pur esistente, sia all'esito del giudizio, di gran lunga inferiore alla somma per la quale il mezzo cautelare è stato eseguito[21].

Secondo la Corte, infatti «ai fini della condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata, ex art. 96, comma 2, c.p.c., della parte soccombente che abbia chiesto ed ottenuto, provvedendo poi ad eseguirle, misure cautelari a tutela di un diritto inesistente, siffatta nozione di inesistenza è da ritenere comprensiva anche della notevole sproporzione fra il quantum accertato e quello per cui sono state sollecitate le dette misure, con riguardo alla differenza fra tali importi.» Sussiste, inoltre, responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, secondo comma, c.p.c. nel caso di trascrizione di una domanda giudiziale che, in concreto, non poteva essere trascritta.

La Suprema Corte ha affermato, infatti, che «l'azione di risarcimento dei danni subiti in conseguenza della trascrizione di una domanda giudiziale trova il suo titolo giuridico nell'art. 2043 c. c. nella ipotesi di domanda non trascrivibile, in quanto non compresa in nessuno dei casi

previsti dagli art. 2652 e 2653 c. c., dovendosi nell'eseguita trascrizione ravvisare un vero e proprio fatto illecito, e nell'art. 96, 2° comma, c. p. c., nella ipotesi di domanda che pure essendo suscettibile di trascrizione, in concreto non poteva essere trascritta, non sussistendo il diritto con essa fatto valere: con la conseguenza in quest'ultimo caso che è improponibile la domanda con la quale si chieda al giudice della causa del merito, che è investito dell'esclusiva competenza, il solo accertamento della responsabilità con la liquidazione del danno in separata sede»[22]. Per quanto riguarda, invece, l'iscrizione di ipoteca giudiziale ex art. 2818 c.c. si applica il secondo comma dell'art. 96 c.p.c. laddove la suddetta iscrizione avvenga in totale carenza di diritto mentre si è asserito che si applicherebbe il primo comma dell'art. 96 se, avvenuta l'iscrizione su beni, il valore ecceda di gran lunga l'importo del credito garantito[23] o se il creditore resista con mala fede o colpa grave nel giudizio per la riduzione delle ipoteche proposto dal debitore.

La giurisprudenza ha affermato, inoltre, che «l'iscrizione di ipoteca in base a decreto ingiuntivo, dichiarato provvisoriamente esecutivo dal giudice che lo ha emesso, è fonte di responsabilità processuale aggravata a norma dell'articolo 96, comma 2, del c.p.c. ove venga accertata l'inesistenza del diritto di credito fatto valere dal giudice dell'opposizione, purché concorra l'elemento soggettivo del difetto della normale prudenza, mentre, ove il detto giudice accerti che la clausola di provvisoria esecuzione non poteva essere concessa per mancanza del periculum in mora e l'ipoteca essere iscritta, è configurabile responsabilità a norma del comma 1 dello stesso articolo nel concorso dell'elemento soggettivo da tale norma richiesto, a prescindere dall'esistenza del credito»[24].

Sussiste, infine, responsabilità aggravata, ai sensi dell'art. 96 comma 2 c.p.c., per l'inizio o il compimento dell'esecuzione forzata in mancanza di titolo esecutivo, originaria o sopravvenuta, a seguito dell'accertamento dell'inesistenza del diritto di procedere in via esecutiva. In questi casi, secondo la Corte, la richiesta di condanna «può essere proposta soltanto al giudice del giudizio di merito nel quale il titolo esecutivo si è formato, ovvero dinanzi al giudice dell'opposizione all'esecuzione e non davanti al giudice dell'opposizione agli atti esecutivi»[25].

[21] Cass. civ. sez. III, 2 febbraio 1994, n. 1037.

[22] Così Cass. civ. sez. II, 20 ottobre 1990, n. 10219.

[23] Cfr. Cass. civ. sez. I, 28 maggio 2010, n. 13107; Cass. civ. sez. III, 24 luglio 2007, n. 16308; Cass. civ. sez. III, 7 maggio 2007, n. 10299; Cass. civ. sez. III, 4 aprile 2001, n. 4968.

[24] Cfr. Cass. civ. sez. III, 23 maggio 2003, n. 8171. In senso conforme v. Cass. civ. sez. I, 15 novembre 2016, n. 23271.

[25] Così Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2013, n. 1590.

## ASSISTENZA MORALE AI FIGLI

# La tutela processuale del diritto dei figli all'assistenza morale da parte dei genitori

Beatrice Cianciosi

del 23 aprile 2019

### Sommario

1. Il diritto dei figli all'assistenza "morale" da parte dei genitori e la difficoltà di tutela in sede processuale
2. Il ricorso alla esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.
3. L'applicazione dell'art. 709 ter c.p.c.
4. La cumulabilità degli strumenti ex artt. 614 bis e 709 ter c.p.c.

### 1. Il diritto dei figli all'assistenza "morale" da parte dei genitori e la difficoltà di tutela in sede processuale

Con l'introduzione nel corpo del [codice civile dell'art. 315 bis](#), ad opera della [L. 10 dicembre 2012, n. 219](#)<sup>[1]</sup>, è stato delineato, nell'ambito della complessiva ed organica riforma dei rapporti di filiazione, un vero e proprio "statuto" dei diritti e dei doveri del figlio nei confronti dei genitori, che contempla, in maniera esplicita, il diritto del figlio all'assistenza "morale". Si tratta di una innovazione di rilevantissima portata in quanto per la prima volta si è espressamente attribuita rilevanza giuridica ad elementi non patrimoniali del rapporto di filiazione; in linea con la tendenza a modificare la tradizionale impostazione codicistica, notoriamente orientata ad assicurare essenzialmente una tutela di carattere patrimoniale.

Tale scelta legislativa è stata successivamente ribadita mediante la previsione, nell'ambito della riformulazione dell'[art. 147 c.c.](#) ad opera del [D. Lgs. 28 dicembre 2013, n.](#)

[154](#), dello specularare dovere di assistenza morale dei figli, espressamente stabilito in capo ai genitori.

Si può quindi affermare che, a seguito delle menzionate innovazioni legislative, il diritto all'assistenza "morale" del figlio<sup>[2]</sup> trova la sua specifica fonte nella legge, che lo comprende espressamente nel fascio delle posizioni giuridiche attive vantate dal figlio in relazione al suo *status*, valorizzando il contributo genitoriale a contenuto sostanzialmente relazionale<sup>[3]</sup>.

«L'assistenza morale altro non è che l'esplicitazione di un diritto all'affetto e all'amore dei figli»<sup>[4]</sup>: un diritto soggettivo di carattere strettamente personale, di primaria rilevanza costituzionale, il cui oggetto è improntato su un'imposizione non soltanto "morale", ma invece *giuridica*, la cui inottemperanza deve poter essere sanzionata<sup>[5]</sup>, in assoluto, come in occasione della crisi familiare.

Tuttavia, pur essendo sempre più sentita la necessità di una tutela giurisdizionale in grado di prevenire e sanzionare quei comportamenti del genitore che violano il diritto all'assistenza morale del figlio, il carattere non patri-

[1] Tale diritto era, invero, stato già enunciato nella disciplina delle adozioni e dell'affidamento dei minori (all'[art. 12, della L. n. 184/1983](#)) e fatto proprio anche da un risalente disegno di legge (il d.d.l. n. 2514/1983), il cui contenuto in buona parte è stato poi trasferito nella nuova regolamentazione.

[2] Per approfondire, nota di M. Rossi, *L'affidamento dei figli minori nella crisi della coppia genitoriale*, in *Figli Genitori Famiglia Aspetti Giuridici Personali e Patrimoniali dopo la Riforma della Filiazione*, a cura di G. Cassano e C. Previti, Simone, 2014, p. 231.

[3] Cfr. M. Rossi, *La privazione genitoriale*, Giuffrè, Varese, 2015, p. 9.

[4] Cfr. F. Serretti Gattoni, *L'assistenza morale nei confronti dei figli e la modifica della formula celebrativa del matrimonio*, 31 ottobre 2013, in <http://www.jusdicere.it/Ragionando/assistenza-morale-figli/>.

[5] In ordine all'attuazione dei provvedimenti relativi al c.d. «*diritto di visita o di frequentazione*», si veda l'interessante contributo di C. Gamba, «*I provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale*», a cura di M. A. Lupoi, tomo II, Maggioli, Santarchangelo di Romagna, 2018, p. 643 e ss.

moniale del diritto rende estremamente difficoltosa l'individuazione di adeguati strumenti di tutela, che possano assicurarne l'effettività[6].

Rivelandosi, in tal modo, una tangibile insufficienza dell'ordinamento giuridico, che si manifesta non pienamente in grado di assicurare l'attuazione del diritto dei figli di beneficiare concretamente dell'assistenza morale dei genitori in funzione del proprio pieno sviluppo.

Per di più, la giurisprudenza è restia all'applicazione di misure considerate troppo "forti", ritenendo che possano acuire una conflittualità familiare spesso già elevatissima. Come conferma il principio espresso nel decreto del Tribunale per i Minorenni dell'Aquila dell'8 giugno 2007, secondo il quale nessuna legge può costringere un soggetto a manifestare un affetto non percepito ovvero ad esercitare un ruolo genitoriale non voluto[7].

## 2. Il ricorso alla esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.

La misura di coercizione indiretta prevista dall'art. 614 bis c.p.c.[8] sembrerebbe la più confacente per il caso di violazione del dovere all'assistenza morale, stante l'infungibilità della prestazione di fare del genitore.

Peraltro, detto strumento ad oggi consta di pochissime applicazioni, e per di più essenzialmente allo scopo di tutelare il diritto di visita di un genitore a fronte di comportamenti ostativi messi in atto dall'altro; nella prospettiva, cioè, di una tutela diretta del diritto di visita del genitore, cui consegue solo indirettamente la tutela del diritto dei figli a conservare un rapporto con entrambi i genitori. E senza alcuna considerazione, in realtà, neppure indiretta, dell'assistenza "morale" che costituisce il contenuto specifico del diritto che ci occupa.

In tal senso, si segnala la sentenza del Tribunale di Roma, sez. I, del 16 dicembre 2016, esempio di applicazione *ex officio* dell'*astreinte* di cui all'art. 614 bis c.p.c. Secondo il Collegio, contro il genitore che viola il diritto del figlio alla frequentazione con l'altro, può essere applicata la misura di cui all'art. 614 bis c.p.c., al fine di assicurare l'osservanza degli obblighi di fare previsti dal *dictum* giudiziale afferente alla responsabilità genitoriale[9].

## 3. L'applicazione dell'art. 709 ter c.p.c.

Con particolare riferimento alle situazioni di crisi familiare può anche venire in considerazione l'art. 709 ter c.p.c.[10], in quanto previsto come strumento appositamente

[6] La non patrimonialità del diritto all'assistenza morale del figlio è ripresa altresì da P. Fornaro, *Il diritto all'amore dei figli*, 1 agosto 2017, in diritto civile e commerciale, <https://www.diritto.it/diritto-allamore-dei-figli/>, dal quale, tuttavia, ci si discosta in quanto propone quale tutela del diritto all'assistenza morale del figlio il risarcimento dei danni, dunque, ancora una volta un rimedio di carattere patrimoniale.

[7] Della stessa tendenza, seppur più risalente, è la sentenza del Tribunale per i Minorenni di Torino del 16 giugno 1980, in *Giur.it.*, I, 2, c. 561, di cui colpiscono le parole: «Non si può costringere un padre ad esserlo davvero», dalle quali emerge la concreta difficoltà della coercibilità dell'amore verso un figlio.

[8] La misura sanzionatoria ex art. 614 bis è stata definitivamente inserita nel codice di procedura civile dalla L. del 18 giugno 2009, n. 69. Essa è improntata sull'analoga misura francese denominata "*astreinte*", derivante dal latino "*adstringere*", che significa "costringere", di derivazione molto antica, collocabile cronologicamente ai primi anni dell'Ottocento, di creazione giurisprudenziale. Un primo tentativo di introduzione delle *astreintes* nell'ordinamento italiano risale al progetto "*Carnelutti*" del 1926, il quale (agli artt. 667 e 668) contemplava, in caso di mancata esecuzione di un obbligo di fare e di non fare, il pagamento di una somma di denaro su istanza del soggetto adempiente, per ogni giorno di ritardo, a partire dal termine stabilito dal giudice. Un ulteriore passo in avanti è stato fatto dal Ministro Reali, che nel 1925 presentava un progetto di legge recante provvedimenti urgenti relativi al processo civile, il quale prevedeva l'aggiunta al codice di procedura civile dell'art. 259 bis. Va fatto poi cenno al progetto "*Vaccarella*" del 2003, che all'art. 42 introduceva una misura coercitiva di natura patrimoniale della quale nel prosieguo avrebbero beneficiato sia il creditore sia lo Stato. L'importanza di tale strumento è di coartare la volontà del debitore per indurlo all'adempimento spontaneo del provvedimento di condanna, onde evitare il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, ovvero di versare una quota fissa per ogni singola violazione. Si ravvisa, dunque, l'applicabilità dello strumento in parola altresì per il caso del genitore che viola il dovere all'assistenza morale del figlio, al fine di indurlo all'adempimento spontaneo, tramite il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento del giudice. Sulla misura di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c., si veda A. Proto Pisani, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 627; C. Asprella e R. Giordano, *La riforma del processo civile*, in *Giust.civ.*, suppl., n. 6/09, p. 116; S. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1980; A. Proto Pisani, *Rapporti tra diritto sostanziale e processo e La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 133 ss.; C. Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1976, p. 1341 ss.

[9] Conformi: ord. Trib. Roma, del 10 maggio 2013; sent. Trib. Roma, sez. I, del 27 giugno 2014.

[10] Questo strumento può essere applicato «in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati», ex art. 4, comma 2, L. 54/2006, disposizioni finali. Rimedio, dunque, punitivo che tende a sanzionare la condotta di chi ha violato gli obblighi genitoriali inerenti alla visita e soprattutto alla presenza del genitore nella vita del figlio. In caso di gravi inadempienze (v. sent. del Tribunale di Modena, sez. I, del 22 novembre 2007 in *Giurisprudenza locale - Modena* 2008), di atti che arrechino pregiudizio al minore o che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, il giudice può modificare i provvedimenti in vigore e congiuntamente applicare: ammonimento del genitore inadempiente; risarcimento dei danni nei confron-



mente finalizzato alla risoluzione di controversie relative all'esercizio della responsabilità genitoriale[11].

Notevole, in tal senso, è la considerazione del Tribunale di Milano, che con sentenza del 14 giugno 2012, n. 529, ha messo in evidenza la difficoltà di eseguire coattivamente i provvedimenti nella materia relativa alle relazioni familiari e ha rinvenuto nell'art. 709 ter c.p.c. uno strumento utile a salvaguardare il rapporto equilibrato tra il minore ed entrambi i suoi genitori, lasciando ampia discrezionalità al giudice nello scegliere il trattamento sanzionatorio e utilizzando il risarcimento come *extrema ratio*.

L'applicazione dell'art. 709 ter c.p.c.[12] è, tuttavia, oggettivamente limitata in quanto presuppone un provvedimento sull'affidamento del figlio, rispetto alla cui attuazione o interpretazione sia insorto un contrasto tra gli ex coniugi[13], consistente in un triplice ordine di interventi del giudice, tra loro cumulabili ovvero adottabili distintamente gli uni dagli altri.

Peraltro, nell'applicazione giurisprudenziale, allo stru-

mento in parola si ricorre essenzialmente al fine di risolvere le situazioni di contrasto tra i genitori, in ordine a comportamenti dell'uno idonei a violare o intralciare l'esercizio del diritto di visita dell'altro: non per intervenire nei rapporti diretti tra genitore e figlio.

In pratica, l'art. 709 ter c.p.c. prevede un triplice ordine di possibili modalità di intervento, il primo dei quali è l'*ammonimento*[14], consistente in un avvertimento per il genitore inadempiente al rispetto di quanto previsto nella sentenza o nell'accordo di separazione o di divorzio.

La sentenza della Corte di Appello di Milano del 21 febbraio 2011 costituisce esempio di applicazione della misura in parola. In questa sede, la Corte ha ammonito il genitore che senza previo avvertimento, né accordo con l'altro, ha iscritto il figlio ultradodicesimo a un percorso di catechismo, con il fine del battesimo, originariamente escluso da entrambi i genitori[15].

In secondo luogo, l'art. 709 ter c.p.c. consente il ricorso alla *tutela risarcitoria*[16] a carico di uno dei genitori nei

---

ti del minore; risarcimento dei danni a carico del genitore verso l'altro; sanzione amministrativa pecuniaria tra i 75,00 e i 5.000 euro in favore della Cassa delle ammende. Prima della riforma n. 54 del 2006, non vi era alcuna norma nel sistema tradizionale che potesse supportare l'attuazione dei provvedimenti relativi al rapporto genitore-figlio; l'introduzione dell'art. 709 ter c.p.c. ha avviato a tale lacuna. Esempi di "gravi inadempienze" possono essere: il rifiuto di un genitore di fornire all'altro notizie riguardanti la salute del figlio o altre indicazioni in proposito della scuola; il trasferimento del figlio in un'altra città senza l'assenso dell'altro genitore; l'impedimento alla frequentazione o al contatto telefonico con l'altro genitore. Parte della dottrina ritiene che l'interpretazione più corretta di tale misura sia la finalità punitiva, mediante l'introduzione nel nostro ordinamento dei "punitive damages" (danni ccdd. punitivi), di derivazione statunitense, che svolgono la funzione pubblicistica di deterrenza e di punizione. Tra gli altri, G. De Marzo, *La Cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni familiari*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 925 e ss.. Con l'ovvia conseguenza che il giudice sarebbe legittimato ad applicare anche d'ufficio le misure previste, prescindendo dalla domanda del genitore. Per ovviare alla sovrapposizione delle domande risarcitorie che le parti possono autonomamente presentare, parrebbe utilizzabile il solo criterio della gravità della condotta. In tal modo, il risarcimento viene a configurarsi come una pena privata non sovrapponibile alle misure risarcitorie ordinarie. Altra parte della dottrina ritiene, invero, che la natura dei risarcimenti sia deterrente-punitiva, con il preciso fine da parte del legislatore di distogliere il soggetto da comportamenti gravi non solo per sé ma anche per i figli. Sulla natura generalmente sanzionatoria della misura ex art. 709 ter c.p.c., si veda, invece, F. Danovi, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, in *Riv. Dir. Proc.* n. 3, Maggio-Giugno 2017, p. 610.

[11] Con riguardo alle novità sostanziali e processuali introdotte con la n. 54 del 2006, si veda S. Patti, L. Rossi Carleo (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006; B. De Filippis, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006; M. Marino, *L'affidamento condiviso dei figli*, Milano, 2007;

[12] Cfr. A.N. Manzione, S. Rampolla, B. De Filippis, A. Mascia, *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati (nuovo art. 709 ter c.p.c.)*, Cedam, Padova, 2009, p. 216 ss.

[13] Mentre nel caso di applicazione della misura di cui all'art. 614 bis c.p.c., il giudice irroga la sanzione civile che colpirà il genitore inadempiente, invece nel caso di attuazione dell'art. 709 ter c.p.c., grava sulla parte non una sanzione futura certa, ma la mera possibilità di incorrere in una sanzione, laddove lo stesso si ponga in contrasto con il dettato giudiziale. Per approfondire, si veda l'opera di R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 77.

[14] Questo tipo di intervento costituisce un deterrente psicologico ad evitare la reiterazione di quei comportamenti ai quali fa riferimento la norma attraverso la nozione di "gravi inadempienze", esortando il genitore a terminare l'atteggiamento elusivo verso le regole che impone il rapporto con il figlio. Tuttavia, questa misura ha un'efficacia piuttosto dubbia, in quanto a livello pratico non comporta delle conseguenze immediate ed incisive. Sembra, inoltre, che più ammonizioni sommate tra loro possano portare a una modificazione ulteriore delle condizioni relative all'affidamento e perfino, nei casi più gravi, a provvedimenti restrittivi o ablativi della potestà genitoriale.

[15] Corte di Appello di Milano del 21 febbraio 2011, in «*Foro it.*» 2012, 3, I, 919. Si veda anche la più risalente sentenza della Corte di Appello di Napoli, in «*Foro it.*» 2009, 3, I, 836, nel quale caso, la Corte ha ammonito la madre di figli minori, che aveva cambiato recidivamente la residenza di questi ultimi, senza il consenso dell'ex marito.

[16] Sempre più spesso, i giudici pronunciano condanne risarcitorie, ritenendo il danno un naturale effetto del comportamento deplorabile (v. Corte di Appello di Firenze del 29 agosto 2007 e sentenza del Tribunale di Catania, sez. I, del 23 novembre 2012). In merito al risarcimento del danno nei confronti del minore,

confronti del minore ovvero nei confronti dell'altro genitore: intrinsecamente insoddisfacente, però, in quanto applicata per equivalente.

Il Tribunale di Pavia, del 14 dicembre 2017<sup>[17]</sup>, ha stabilito la conseguenza del risarcimento dei danni in favore del figlio, qualora il genitore ponga in essere atti lesivi alla serenità del minore e del corretto esercizio dell'affidamento condiviso<sup>[18]</sup>. Con sentenza n. 18799 dell'11 ottobre del 2016, il Tribunale di Roma ha reso noto l'onere a carico del genitore di attivarsi per il recupero e il mantenimento dell'immagine dell'altro genitore nei confronti del figlio. Così, in caso di "boicottaggio" di un genitore nei confronti dell'altro, scatta la sanzione prevista dall'art. 709 *ter*, comma 3, c.p.c. del risarcimento dei danni nei confronti dell'altro genitore<sup>[19]</sup>.

La terza modalità prevista dall'art. 709 *ter* c.p.c. è la sanzione amministrativa pecuniaria<sup>[20]</sup>, inquadrata dalla dot-

trina come misura coercitiva indiretta, sul modello delle *astreintes*<sup>[21]</sup>.

A tal riguardo, il Tribunale di Pisa del 14 agosto 2009<sup>[22]</sup>, ha condannato la madre al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria quantizzata in euro 1.500 dal Tribunale, per aver impedito al padre della bambina ogni tipo di partecipazione alla cura di quest'ultima e rendendo il contatto tra i due oltremodo difficoltoso.

#### 4. La cumulabilità degli strumenti ex artt. 614 bis e 709 *ter* c.p.c.

Al fine di sanzionare le condotte del genitore che violano il dovere all'assistenza morale del figlio, non si esclude nemmeno la sovrapposibilità degli strumenti ex artt. 614 *bis* c.p.c. e 709 *ter* c.p.c.

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla cumulabilità tra la misura prevista all'art. 614 *bis* c.p.c.

vi è il problema della proposizione della domanda. Infatti, si pone il dubbio se la richiesta possa essere esperita dall'altro genitore, in qualità di sostituto processuale del minore (v. Tribunale di Catania del 29 settembre 2006, *decr.*, in *www.minoriefamiglia.it*) ovvero da un curatore speciale, nominato, ex artt. 78 ss. c.p.c. (v. Trib. min. di Ancona del 3 ottobre 2008, in *Dir. fam.*, 2009, p. 265), il quale potrà eventualmente procedere anche in esecuzione per il pagamento forzato da parte del genitore condannato. Il giudice dovrà verificare la sussistenza effettiva del danno del figlio, astenendosi dalla configurazione di una lesione *in re ipsa* (v. Corte di Appello di Firenze, del 22 agosto 2007, *decr.*, in *www.minoriefamiglia.it*). Quest'ultima considerazione può essere fatta altresì nel caso di risarcimento del danno nei confronti dell'altro genitore: il giudice dovrà analizzare attentamente la dimostrazione della sussistenza del danno, sia patrimoniale sia non patrimoniale (v. Tribunale di Salerno del 22 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 924; Tribunale di Milano, del 18 giugno 2009, *decr.*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 473).

[17] V. Corte di Appello di Firenze, del 29 agosto 2007, in «*Fam. Pers. Succ.*», 2008, 370.

[18] Tribunale di Pavia del 14 dicembre 2017, in *ilfamiliariista.it*, 2018. Nel caso di specie, il genitore pretendeva che la comunicazione con l'altro avvenisse soltanto per il tramite dei rispettivi legali, rendendo, inoltre, partecipe il figlio dei propri contrasti con l'altro genitore, criticandolo aspramente in sua presenza, facendogli addirittura leggere comunicazioni scambiate tra i relativi difensori; Si veda anche la più risalente sentenza del Tribunale di Novara, del 21 luglio 2011, in «*Giur. Mer.*», 2013, 5, 1048 (con nota di Russo). Il Tribunale, in questa sede ha osservato che il genitore inadempiente agli obblighi riguardanti il diritto di visita può essere sanzionato al risarcimento nei confronti del minore, ex art. 709 *ter* c.p.c., sposando l'indirizzo che inquadra tale istituto come misura a carattere punitivo, riconducibile alle *astreintes*, con il risultato che la valutazione del giudice prescinde dall'accertamento dell'esistenza degli elementi di cui all'art. 2043 c.c., dovendo essere valutata secondo criteri equitativi.

[19] V. Tribunale di Roma, sez. I, dell'11 ottobre 2016, n. 18799, in *Guida al diritto 2016*, 44, 26. Nel caso di specie, il Tribunale ha condannato la madre collocataria al pagamento di euro 30.000 in favore del padre in quanto la donna, anziché attivarsi per "consentire il giusto recupero del ruolo paterno da parte del figlio", aveva continuato a "palesare la sua disapprovazione in termini screditanti nei confronti del marito". Per i giudici, entrambi i genitori devono avere rispetto dell'ex, che va salvaguardato nei confronti del figlio e, in particolare, per la tutela della bigenitorialità, cui è improntato l'affido condiviso stesso.

[20] V. Cass. civ., sez. I, del 27 giugno 2018, n. 16980, in *Giustizia Civile Massimario 2018*. La Corte ha ribadito quanto le misure sanzionatorie previste all'art. 709 *ter* c.p.c. e, in particolare, la condanna al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria, siano suscettibili di applicazione facoltativa del giudice, nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempimenti e di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento". Tuttavia, esse non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "od" mette in evidenza che l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata.

[21] Risalta il carattere pubblicistico della previsione introdotta dalla Legge n. 56 del 2006. Questo tipo di intervento è a carattere patrimoniale, può essere adottato congiuntamente con l'ammonizione, reagendo al grave atteggiamento del genitore inottemperante agli obblighi che gli fanno capo per indurlo ad assumere un comportamento doveroso nei confronti del figlio.

[22] Sent. del Tribunale di Pisa del 14 agosto 2009, in «*Dir. Fam.*», 2010, 2, 730. Nel caso in esame, la madre della minore è arrivata alla sottoposizione della stessa ad una visita ginecologica eccessivamente invasiva e traumatizzante, senza previa comunicazione al padre, né all'autorità giudiziaria, né ai servizi sociali, violando gravemente i canoni socio-psiconormativi regolanti l'affido condiviso.

e i rimedi specificamente individuati dall'art. 709 *ter* c.p.c. La dottrina è apparsa perlopiù favorevole<sup>[23]</sup>, rilevando una sovrapponibilità di misure a carattere speciale, *ex art.* 709 *ter* c.p.c., e di quelle previste in via generale dall'art. 614 *bis* c.p.c. È escluso, infatti, che vi sia inconciliabilità tra la misura ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c. ed il risarcimento dei danni, stante la diversa natura delle due misure. Analogamente, non si registra incompatibilità tra la sanzione *ex art.* 614 *bis* c.p.c. e l'ammonizione. La misura coercitiva indiretta funge da rafforzativo all'ammonizione, mentre quest'ultima non comporta alcun sacrificio patrimoniale per il genitore inadempiente. Le due misure, pertanto, perseguono il medesimo obiettivo: il rispetto delle regole dell'affidamento condiviso al genitore verso cui sono rivolte, di conseguenza cumulabili. Sicché, non sono mancate pronunce di merito in ordine ad applicazioni cumulative degli strumenti *ex artt.* 614 *bis* c.p.c. e 709 *ter* c.p.c. relative, anche in questo caso, all'ipotesi di ostacolo di uno dei genitori all'esercizio dell'assistenza mo-

rale dell'altro verso il figlio. Il Tribunale di Milano, sez. IX, del 7 gennaio 2018, in un procedimento *ex art.* 337 *quinqies* c.c., accertati gli atteggiamenti ostativi alla frequentazione dei figli da parte dell'ex coniuge, oltre all'ammonizione previsto dall'art. 709 *ter* c.p.c., ha disposto *ex officio* la misura, ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c., alla condanna a corrispondere una somma di denaro per ogni comportamento ostativo specificamente individuato dal Tribunale, quale deterrente alla condotta pregiudizievole<sup>[24]</sup>. Infine, pare sia possibile l'applicazione della misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. anche in caso di sanzione amministrativa pecuniaria, *ex art.* 709 *ter* c.p.c.. Si pensi alla condanna adottata dal Tribunale di Roma al risarcimento dei danni contro il genitore che ostacolava la frequentazione dell'altro genitore, nonché al pagamento di una somma di denaro per ogni inosservanza del genitore agli appuntamenti con lo psicoterapeuta del figlio ovvero degli incontri organizzati dai servizi sociali tra genitore e minore<sup>[25]</sup>.

[23] Cfr. S. Vincre, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *Riv. Dir. Proc.*, Cedam, n. 2, Marzo-Aprile 2017, p. 380; F. Tedioli, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, pp. 71-72; D. Amram, *Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709 ter c.p.c. e 614 bis c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 783 ss.; S. Recchioni, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1500, nota 76. Esempio di cumulo tra i rimedi *ex artt.* 709 *ter* c.p.c. e art. 614 *bis* c.p.c. è la sent. del Tribunale di Salerno, sez. I, del 22 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010. Il giudice, in suddetta occasione, segnalava che qualora ne ricorrano i presupposti, pronunciando uno dei provvedimenti previsti all'art. 709 *ter* c.p.c., il genitore inadempiente può essere condannato al pagamento di una somma di denaro *ex art.* 614 *bis* c.p.c., nonostante abbia rigettato nel merito la richiesta di applicazione di quest'ultima norma, giacché "manifestamente iniqua". In particolare, per "iniqua" ivi s'intende, la misura coercitiva indiretta all'art. 614 *bis* c.p.c., che qualora applicata sarebbe stata eccessivamente onerosa per la parte inadempiente, aggravandola in maniera eccessiva. La condotta del genitore inottemperante, appare infatti tenuta per finalità protettive del minore, anche se non concretamente dimostrate e dal fatto che appare, dunque, sufficiente il ricorso alla misura del risarcimento del danno, *ex art.* 709 *ter* c.p.c.. Una dottrina minoritaria non contempla tale cumulo, ritendendolo inammissibile. A tal riguardo si veda: E. Vullo, in *Fam. dir.*, 2010, p. 931. L'autore asserisce quanto segue: «la nuova misura coercitiva di portata generale sia applicabile solo nei casi in cui manchi una forma di esecuzione indiretta specifica, dovendosi così escludere tanto il cumulo con altre misure coercitive tipiche (patrimoniali o no), quanto la possibilità di assumere il provvedimento previsto dall'art. 614 *bis* c.p.c. in alternativa a quello già contemplato da una norma speciale. Dunque, poiché nel novero dei provvedimenti previsti dall'art. 709 *ter* c.p.c. è già compresa una misura coercitiva di natura patrimoniale - e precisamente la possibilità di condannare il genitore inadempiente «al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende» - non dovrebbe esserci spazio per fare ricorso allo strumento esecutivo di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.».

[24] Tribunale di Milano, sez. IX, del 7 gennaio 2018, in *ilfamiliarista.it*, 2018 (nota di Rossi). Conformi: Trib. Roma, 16 dicembre 2016; Trib. Roma, 23 dicembre 2017; la più risalente ord. del Tribunale di Firenze dell'11 gennaio 2011, con la quale il giudice istruttore, in corso di causa di separazione giudiziale tra i coniugi, ha illustrato quanto i provvedimenti emessi dal Tribunale in sede di separazione, recanti i futuri rapporti tra i genitori e i figli, contengano obbligazioni di fare in fungibili, ricomprese nel "provvedimento di condanna" cui allude la disposizione processualistica. Il giudice fiorentino ha ammonito la donna «a rispettare tutte le prescrizioni relative alla frequentazione padre-figlio sin qui emanato e ad adoperarsi attivamente perché veda il padre» e al contempo l'ha sanzionata al pagamento di euro 50,00 per ogni violazione compiuta dalla stessa nell'accompagnamento del figlio a scuola, nei giorni in cui sarebbe spettato al padre riprenderlo, applicando l'art. 614 *bis* c.p.c. La donna, infatti, impediva al figlio di frequentare il padre, nonostante il piccolo avesse all'epoca soltanto dieci anni, rifiutandosi di accompagnarlo volutamente a scuola nei giorni in cui il padre sarebbe dovuto andare a prenderlo per passare del tempo con lui. Il Tribunale si pronunciava nel modo seguente: «L'atteggiamento della madre di consentire che il figlio non vada a scuola i giorni nei quali doveva essere il padre ad andarlo a prendere perché il figlio non vuole [...] non può essere ritenuto né commendevole né giustificato, non essendo affatto educativo l'atteggiamento di così completo lassismo nei confronti di un bambino che frequenta ancora le scuole primarie. E in questa stessa direzione deve essere segnalato il complessivo atteggiamento della madre in relazione alla frequentazione di [...] col padre, come evidenziati dalla c.t.u.: cioè della affermazione che "di peso non può più prenderlo" (p. 49 C.T.U.) per portarlo dal padre, significativa di un atteggiamento che da un lato dimostra scarsa responsabilità genitoriale (in generale non può ritenersi che per ottenere qualcosa da un bambino di 10 anni glielo si debba imporre con la forza) e dall'altro non è conforme a quanto disposto dall'articolo 155 c.c. che prevede un vero e proprio diritto del minore al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con i genitori, e conseguentemente un dovere di ciascun genitore di favorire il rapporto con l'altro». La madre è stata ammonita a «rispettare tutte le prescrizioni relative alla frequentazione padre-figlio (...) e ad adoperarsi attivamente perché veda il padre».

[25] Sent. del Tribunale di Roma del 23 marzo 2013.

## I POTERI DEL C.T.U.

# L'ampiezza dei poteri del consulente tecnico di ufficio nel processo civile e la loro compatibilità con le preclusioni istruttorie

Maria Rosaria Manselli

del 24 aprile 2019

### Sommario

- a. Premessa
- b. Distinzione tra CTU deducente e percipiente
- c. Il potere in generale del CTU di acquisire documenti e informazioni da terzi
- d. Conclusioni

### a. Premessa

Nel processo civile la consulenza tecnica non è, almeno normalmente e comunque secondo l'ottica del codice di procedura civile, un mezzo di prova in sé, ma un mezzo per aiutare il giudice a formarsi il suo convincimento sui fatti che sono rappresentati da altri mezzi di prova<sup>[1]</sup>. La legge, infatti, più che disciplinare un mezzo, disciplina l'attività di un soggetto: il consulente tecnico, quale ausiliario del giudice.<sup>[2]</sup> Insomma, se i fatti rilevanti (direttamente e indirettamente) per la causa sono fissati dal giudice in base ai mezzi di prova ed ai mezzi di presunzione ovvero alla mancata contestazione ai sensi dell'[art. 115, comma 1°, c.p.c.](#), la consulenza tecnica serve a "interpretare" quei fatti quando per la loro concreta comprensione è necessario avere una conoscenza tecnica o scientifica che va al di là di quella comunemente posseduta dall'uomo medio in una certa epoca. La consulenza tecnica è strumento di comprensione e, quindi, di formazione del convincimento del giudice. Ciò nonostante la natura della consulenza tecnica d'ufficio ha, talvolta, oscillato tra

quella di mezzo istruttorio e quella di mezzo di prova, ovvero sia nell'adesione alla tesi secondo la quale la c.t.u. sia un mezzo di prova in senso proprio, oppure solo un mezzo per sopperire all'incapacità del giudice di comprendere appieno le risultanze probatorie.

Parte della dottrina<sup>[3]</sup> ha definito la CTU non come un vero mezzo di prova, ma come un mero mezzo istruttorio, sia per la collocazione dell'istituto all'interno del codice, considerato che esso risulta regolato pur sempre all'interno della sezione dedicata all'istruzione probatoria, senza essere ricompreso fra gli altri mezzi di prova, sia perché il codice vigente dà molta più importanza al profilo soggettivo, inquadrando il consulente fra gli ausiliari del giudice, anzi identificandolo nel suo principale ausiliario, che lo aiuta ad una migliore valutazione dei fatti, già allegati ed asseverati dalle parti, fornendogli le massime dell'esperienza di quello specifico settore di materie che il giudice non conosce, e che, se anche conoscesse non potrebbe utilizzare per il divieto di scienza privata. Pertanto, e qui si individua il secondo motivo per cui la consulenza

[1] Vedi già le classiche pagine di F.Carnelutti, *La prova civile* (1915) ora rist. Milano 1992, 74 ss., il quale, però, non dimenticava le ipotesi in cui il consulente può avere una funzione "percipiente" (op. cit., 70 ss.),

[2] M. Vellani, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, voce in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. III, Torino 1988, 525; G. Verde, *Profili del processo civile. Processo di cognizione*, Napoli 2006, 140; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, vol. II. *Il processo ordinario di cognizione*, Torino 2009, 200; F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano 2017.

[3] Francesco Paolo Luiso, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, 2017, IX edizione. Ved. anche Ferruccio Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002.

non sarebbe mezzo di prova tout court, la sua attività, a differenza di quella del testimone che è di mera narrazione dei fatti, costituirebbe una valutazione degli stessi, o meglio di prevalenza di simile fase su quella propriamente rappresentativa.

Altra parte della dottrina, però, prendendo appunto le mosse dalla distinzione giurisprudenziale tra consulenza deducente e consulenza percipiente, di cui poi si dirà, ha ritenuto che la CTU non possa più esser distinta dalla testimonianza, consistendo in una dichiarazione di scienza resa al giudice di fatti di cui si è avuto conoscenza<sup>[4]</sup>.

Altri infine concludono che, qualora il giudice incarichi il consulente della sola percezione dei fatti allegati, non siamo lontani da una prova in senso stretto, e comunque a quel punto il consulente finisce per diventare la longa manus del giudice, tanto che gli accertamenti dei fatti dallo stesso compiuti non hanno un'efficacia diminuita, ma quella vera e propria delle indagini ispettive.<sup>[5]</sup>

Da ultimo, la Suprema Corte con sentenza del 19/04/2011 n. 8989 contribuendo a delineare il quadro interpretativo, richiamando l'orientamento oramai consolidato, ha puntualmente ricordato (invocando Cass n. 16256/04) che la consulenza tecnica, **può assurgere al rango di fonte oggettiva di prova, quando si risolve in uno strumento di accertamento di situazioni rilevabili solo con ricorso a determinate cognizioni tecniche**<sup>[6]</sup>: ovviamente *si colloca tra i mezzi di prova solo in senso lato, in quanto non può essere disposta per ovviare a delle carenze probatorie imputabili alle parti stesse o per la ricerca delle prove che le parti hanno l'onere di fornire.*

### b. Distinzione tra CTU deducente e percipiente

Come si diceva la giurisprudenza, con la sentenza delle Sezioni Unite del 4.11.1996 n. 9522, e in particolar modo la dottrina, opera una distinzione essenziale che permea tutto l'argomento, tra consulenza deducente e consulenza percipiente.

I termini in realtà sono equivoci, perché sembra che vi sia

una attività di conoscenza che esigono una valutazione ("deducente") ed un'attività che non esige una valutazione ("percipiente"), senza comprendere che ogni accertamento dei fatti esige sempre una valutazione, anche se essa può essere più o meno complessa. Ma la distinzione è giuridicamente chiara, dal punto di vista del processualista, perché è evidente che nell'una si immagina un consulente che "legge" fatti che risultano da mancate contestazioni, mezzi di prova o mezzi di presunzione, mentre nell'altra si immagina un consulente che diventa egli stesso strumento di percezione e, quindi, di acquisizione della prova del fatto nel processo, eventualità che si prospetta quando un simile accertamento è possibile solo se compiuto da un soggetto che abbia determinate conoscenze specialistiche. Inoltre, trattando della c.t.u. c.d. "percipiente" la giurisprudenza tiene a chiarire che, se questa è un mezzo di prova, è anche vero che le parti non possono fondarsi semplicemente su di essa, senza assolvere i loro oneri probatori, in particolare i loro oneri di allegazioni<sup>[7]</sup>. Si legga a tal proposito la seguente massima: "Le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente neppure nel caso di consulenza tecnica d'ufficio cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti". Pertanto l'attività di deduzione da fatti già acquisiti al processo, di fatti ignoti sulla base di sapere specialistici si differenzia dalla attività di percezione, ove per la percezione sono necessari saperi tecnici e specialistici, ma in entrambi i casi vi sarà una valutazione tecnica, e la produzione quantomeno dei fatti e elementi posti a fondamento dei diritti lesi.

Nel primo caso, consulenza deducente, la CTU figura, quindi, quale mezzo di indagine volta ad accertare fatti già provati dalle parti e non costituisce la fonte di alcu-

[4] Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, 477.

[5] Luca Petrone, *La consulenza tecnica tra mezzo istruttorio e mezzo di prova: aspetti problematici e profili applicativi*, www.judicium.it; in questo senso Gian Franco Ricci, *Le prove atipiche tra ricerca della verità e diritto di difesa*, Atti del XXV Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Cagliari, 7/8 ottobre 2005.

[6] Luca Petrone, *La consulenza tecnica tra mezzo istruttorio e mezzo di prova: aspetti problematici e profili applicativi*, www.judicium.it; in questo senso Gian Franco Ricci, *Le prove atipiche tra ricerca della verità e diritto di difesa*, Atti del XXV Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Cagliari, 7/8 ottobre 2005.

[7] Cassazione Sentenza n. 3191/2006. Altrimenti essa non è ammissibile, perché comunque si deve partire dall'idea che in linea di principio la c.t.u. non sarebbe un mezzo di prova, ma solo un mezzo d'integrazione per la valutazione del giudice. Insomma codesta c.t.u. "percipiente" è concepibile unicamente quando l'accertamento non si potrebbe effettuare senza specifiche cognizioni tecnico-scientifiche

na prova; nel secondo caso, consulenza percipiente, invece, essa assume una portata leggermente più ampia, sebbene giammai ascenda al rango di prova, poiché è finalizzata ad accertare fatti non altrimenti accertabili se non per mezzo di particolari competenze specialistiche di settore. Nel secondo caso il Giudice, quindi, può affidare al consulente, non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (Cass. Civ., Sez. III, 13/03/2009 n. 6155). Anche in tale ipotesi, si badi bene, la consulenza tecnica rimane un mezzo di ausilio del giudice volto alla più approfondita conoscenza di fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni tecnico scientifiche non in possesso dell'organo Giudicante. Essa, però, non diviene mai un mezzo di soccorso volto a sopperire l'inerzia delle parti. Un'eventuale ammissione della CTU in tal senso comporterebbe inevitabilmente "lo snaturamento dell'istituto previsto dal codice di procedura, il mancato rispetto della posizione paritaria delle parti nel processo, un allungamento dei tempi processuali, con palese violazione del giusto processo, anche sotto il profilo della ragionevole durata, tutelato dall'art. 111 della Costituzione" (Cass. Civ., Sez. III, 19/04/2011 n. 8989). Acclarata la rilevanza della Consulenza Tecnica come mero strumento di accertamento di situazioni rilevabili con il concorso di determinate cognizioni tecniche e, in ogni caso, fermo restando che le valutazioni espresse dal CTU non hanno efficacia vincolante per il Giudice, e che essa non rientra nella disponibilità delle parti, ma è rimessa al potere discrezionale del Magistrato, si può addivenire alla consulenza percipiente solo allorché si verta in situazioni rilevabili unicamente con il concorso di determinate cognizioni tecniche, ed i normali mezzi rendano impossibile, o estremamente difficile, il raggiungimento della prova, come, ad esempio, in caso di danno alla salute (Cass. Civ. Sez. III, 19/01/2006 n. 1020; Cass. Civ., Sez. III, 07/05/2015 n. 9249).

Quando la c.t.u. ha valenza di mezzo di prova bisogna applicare, in ogni caso, i principi che vigono appunto per l'istruzione probatoria. Le istanze istruttorie hanno sempre due profili: uno che riguarda l'ammissibilità del mezzo e l'altro che riguarda la rilevanza dell'oggetto su cui si chiede l'assunzione del mezzo, ossia il fatto che si vuole provare. Ecco allora che ogni istanza istruttoria presuppone necessariamente un'attività di allegazione dei fatti. Ma,

affermare questo principio non significa anche dire che allora esiste una sorta di monopolio delle parti in ordine ai fatti, perché, salvo il divieto di scienza privata ed il principio della domanda, bisogna trovare un punto di equilibrio tra i poteri delle parti ed i poteri del giudice (compresi i poteri di un suo ausiliare qual è il consulente tecnico). Certamente è onere della parte allegare, sempre, i fatti che servono all'individuazione dei diritti che si fanno valere in giudizio, e dei fatti che possono fondare eccezioni in senso stretto. Il giudice non potrebbe fondare la sua decisione su tali fatti, se questi, non allegati dalle parti, risultino comunque dagli atti. Ma altrettanto vero che il giudice può utilizzare fatti che non individuano i diritti fatti valere, o che fondano eccezioni c.d. in senso lato (rilevabili anche dal giudice), pur se questi risultino dagli atti, quindi emergano dall'attività istruttoria, anche se le parti non li abbiano espressamente allegati (fatti c.d. avventizi). Se questi principi valgono anche in riferimento alla consulenza tecnica, certamente essa non può essere utilizzata come strumento che sostituisca gli oneri di allegazione delle parti, purché, però, si specifichi l'ambito entro il quale quegli oneri operano. E detto ambito riguarda solo i fatti che individuano i diritti azionati ed i fatti che fondano eccezioni in senso stretto (rilevabili solo ad istanza di parte). Insomma, ed in definitiva, non è pensabile che si possa ammettere la c.t.u. per accertare fatti non ancora allegati dalle parti, se essa può valere come un mezzo di prova, allora è evidente che, come ogni mezzo di prova (costituenda) di cui si chiede l'assunzione, la parte richiedente deve anche individuare il fatto sul quale si chiede l'ammissione della prova.

Poi, nell'espletamento del sub-procedimento istruttorio può accadere che emergano fatti avventizi (non individuatori del diritto azionato né fondanti eccezioni in senso stretto), ed allora il giudice non potrà non utilizzarli. Ma detti fatti non possono emergere per mezzo della richiesta di informazioni a terzi da parte del consulente, a meno che detta richiesta di informazioni sia resa necessaria al fine di rispondere ai quesiti posti al consulente dal giudice e sempre che si tratti di fatti accessori.

In tale contesto si dovrà inquadrare, pertanto, l'ampiezza dei poteri del CTU nell'espletamento del proprio incarico.

### **c. Il potere in generale del CTU di acquisire documenti e informazioni da terzi**

Le principali contestazioni concrete, in subiecta materia nascono, infatti, principalmente dalla compatibilità di detto potere in generale con il principio dispositivo e, in

particolare, con il rispetto dei termini perentori per il deposito nel giudizio dei documenti che, per il giudizio ordinario di cognizione, è sancito dal combinato disposto degli articoli 183 sesto comma c.p.c. e 87 disp. att. c.p.c.

Può, pertanto, il CTU acquisire documentazione non prodotta dalle parti nel rispetto dei termini perentori previsti per il giudizio ordinario di cognizione, e su detti documenti fondare il proprio convincimento, e quindi rispondere al quesito formulatogli dal giudice?

Il consulente ha bisogno di uno specifico mandato dal giudice per assumere informazioni, deve indicare le fonti e può riguardare fatti costitutivi o soltanto fatti accessori? L'attività del consulente è delimitata, innanzitutto, dal giudice con la formulazione dei c.d. "quesiti". Precisamente la nomina del consulente avviene con ordinanza del giudice istruttore ai sensi dell'art. 183, 7° comma, c.p.c., o con altra successiva ordinanza, il quale, nella medesima ordinanza, formula i quesiti e fissa l'udienza nella quale il consulente deve comparire (art. 191, come modificato con l. n. 69/2009, che si applica ai giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009). Non si può prescindere, per dar risposta ai quesiti suspecificati, alle statuizioni della Suprema Corte, e in particolare la Cassazione con sentenza n. 3990 del 23.2.2006, per la prima volta, collega il potere di acquisizione e di valutazione da parte del consulente tecnico di ufficio dei documenti nuovi, e non prodotti dalle parti alla distinzione tra consulenza deducente, per la quale questo potere non è consentito, e consulenza percipiente, per la quale invece questo potere è attribuito al perito. Ha, quindi, esplicitamente affermato che, nel caso di accertamenti di fatti per i quali sia necessario ricorrere a specifiche cognizioni tecniche, la CTU diventa percipiente, e cioè essa stessa fonte di prova dei fatti stessi, e in questo caso al consulente è consentito acquisire anche da una delle parti e quindi valutare documenti nuovi non prodotti<sup>[8]</sup>. Ragionamento ribadito

poi con la sentenza n. 12921 del 23 giugno 2015, ove ha così statuito "...in tema di consulenza tecnica d'ufficio rientra nel potere del consulente tecnico d'ufficio attingere "aliunde" notizie e dati, non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli, e che dette indagini possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice, purché ne siano indicate le fonti, in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il controllo, a tutela del principio del contraddittorio".

E tuttavia occorre chiarire entro che limiti è legittimo l'esercizio di tale facoltà da parte del consulente e quali siano i dati, le notizie, i documenti che egli può acquisire aliunde. Il criterio guida è che si tratta di un potere funzionale al corretto espletamento dell'incarico affidato, che non comporta alcun potere di supplenza, da parte del consulente, rispetto al mancato espletamento da parte dei contendenti al rispettivo onere probatorio. Esso viene legittimamente esercitato in tutti i casi in cui al consulente sia necessario, per portare a termine l'indagine richiesta, acquisire documenti in genere pubblici non prodotti dalle parti e che tuttavia siano necessari anche per verificare sul piano tecnico se le affermazioni delle parti siano o meno corrette. Potrà anche, nel contraddittorio delle parti, acquisire documenti non prodotti e che possano essere nella disponibilità di una delle parti o anche di un terzo qualora ne emerga l'indispensabilità all'accertamento di una situazione di comune interesse. Può acquisire, inoltre, dati tecnici di riscontro alle affermazioni e produzioni documentali delle parti, e pur sempre deve indicare loro la fonte di acquisizione di questi dati per consentire loro di verificarne l'esatto e pertinente prelievo. Quindi, l'acquisizione di dati e documenti da parte del consulente tecnico ha funzione di riscontro e verifica rispetto a quanto

[8] Con il primo motivo (violazione degli artt. 61 c.p.c. e art. 87 disp. att. c.p.c.) la ricorrente ha dedotto che dalla irrituale produzione dei preventivi di spesa relativi al materiale didattico danneggiato non era derivata alcuna lesione del diritto di difesa, avendo la controparte preso conoscenza di tali documenti con la relazione di consulenza, sottoponendoli a critica nel merito, e che la consulenza tecnica, pur avendo, di regola, funzione di fornire al Giudice una valutazione relativa a fatti già acquisiti o accertati, può legittimamente costituire fonte oggettiva di prova qualora si risolva non soltanto in uno strumento di valutazione, bensì di accertamento di situazioni di fatto rilevabili esclusivamente attraverso il ricorso a determinate cognizioni tecniche. La censura è fondata. L'eccezione di irritalità della produzione dei preventivi è stata sollevata soltanto con l'atto di appello, come risulta anche dal controricorso, mentre non è stata fatta alcuna opposizione in sede di merito in primo grado, sicché i documenti, conosciuti attraverso la lettura della relazione del C.T.U., e comunque prendendo visione degli atti allegati a tale relazione, discussi nel merito dalle parti ed esaminati dal Tribunale, devono aversi per ritualmente prodotti nonostante la violazione dell'art. 87 disp. att. cod. proc. civ. (Cass. n. 4313 del 1986 e n. 5722 del 1984). Il Giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), e in tal caso, in cui la consulenza costituisce essa stessa fonte oggettiva di prova, è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il Giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (Cass. S.U. n. 9522/1996; Cass. n. 10871/1999). Ed è il caso di specie, in cui l'intervento del consulente è stato ritenuto necessario per accertare sia lo stato dei luoghi e la riduzione del valore locativo dell'immobile che eventuali danni patrimoniali ai beni di proprietà dell'attrice

affermato e documentato dalle parti. Non è invece consentito al consulente sostituirsi alla stessa parte, andando a ricercare aliunde i dati stessi che devono essere oggetto di riscontro da parte sua, che costituiscono materia di onere di allegazione e di prova (ovvero gli atti e i documenti che siano nella disponibilità della parte che agisce e dei quali essa deve avvalersi per fondare la sua pretesa che non gli siano stati forniti, acquisendoli), in quanto in questo modo verrebbe impropriamente a supplire al carente espletamento dell'onere probatorio, in violazione sia dell'art. 2697 cc. che del principio del contraddittorio. Infatti la esigenza principale da tutelare è quella di armonizzare l'attività del consulente con la regola generale prevista dall'art. 2697 c.c.: in nessun caso la consulenza tecnica può servire ad esonerare la parte dal fornire la prova che le spetta offrire in base ai principi che regolano l'onere relativo; solo nel caso di fatti, il cui accertamento richieda l'impiego di un sapere tecnico qualificato, l'onere si riduce all'allegazione, spettando poi al Giudice decidere se ricorrano o meno le condizioni per l'ammissione della consulenza tecnica. In punta di diritto la CTU ben può essere disposta anche per l'**acquisizione di dati** la cui valutazione sia poi rimessa all'ausiliario consulente (consulenza c.d. percipiente), di tal che è così consentito a quest'ultimo pure di acquisire ogni elemento necessario per rispondere ai quesiti, sebbene risultante da **documenti non prodotti dalle parti**, sempre che si tratti di fatti e **documenti «accessori»**, in modo che rimanga comunque **esclusa**, nella CTU concretamente disposta, una «**funzione vicariale della prova**» (cfr. sul punto a Corte di Cassazione, Sezione VI Civile, con l'ordinanza del 11 settembre 2018, n. 22116).

In tale panorama si incunea anche la possibilità per il consulente di acquisire informazioni da terzi, nel corso delle indagini peritali, escluso ovviamente il caso in cui le informazioni siano richieste alla pubblica amministrazione, in quanto per tale fattispecie esiste lo strumento dell'art. 213 cpc, l'aspetto da chiarire riguarda, quindi, il potere del CTU di assumere informazioni da terzi che non siano la pubblica amministrazione, considerato che questo potere gli viene esplicitamente riconosciuto dall'art. 194 cpc, ma solo su autorizzazione del giudice. In linea con i principi ispiratori teste descritti si può assumere che il consulente, anche senza espresso mandato, abbia il potere di assumere informazioni da terzi, ma solo su fatti accessori, e non su fatti su cui si fondano le domande e le eccezioni delle parti, indicandone le fonti di prova in modo che le parti siano messe in grado di contestarle, con l'onere di farlo nella prima difesa utile successiva al deposito della relazione peritale.

#### d. Conclusioni

Il nostro legislatore ha scelto di fondare la trattazione del processo sul principio della domanda, sul principio dispositivo e sul divieto di scienza privata, per cui sta certamente solo alle parti allegare i fatti che individuano il diritto fatto valere, sta normalmente alle parti produrre le prove o presentare le istanze istruttorie volte a dimostrare la narrazione che fonda le loro pretese giuridiche ed in ogni caso il giudice non può fissare i fatti in base ad una sua scienza privata. Non sempre, però, il giudice è in grado di compiere la necessaria razionalizzazione pregiudiziale del dato, prima di applicare ad esso la norma giuridica, perché non è detto che il giudice possieda i criteri di valutazione, le massime di esperienza che sono necessarie per quella razionalizzazione. Ecco, allora, che nell'esperienza giuridica può emergere l'esigenza di appoggiarsi a soggetti che abbiano quelle conoscenze tecniche, non giuridiche di cui l'operatore del diritto ha bisogno, per la soluzione di una controversia giuridica. Tuttavia, se normalmente la consulenza tecnica serve al giudice per integrare delle conoscenze che a lui mancano al fine della soluzione della quaestio facti, sta normalmente allo stesso giudice valutare nella sua piena discrezionalità l'opportunità o la necessità di ricorrervi e delegando specifici poteri.

A questo proposito, si deve temperare, il pur esistente spazio di valutazione del giudice con il diritto alla prova della parte, esigenza che viene giustamente attuata dalla giurisprudenza in due modi. Per un verso, affermando che, se è vero che rientra nei poteri discrezionali del giudice disporre o meno una c.t.u., è anche vero che l'istanza di parte, quando trattasi di una consulenza con funzione di accertamento, non può essere disattesa dal giudice senza una puntuale motivazione. Per altro verso, precisando che il giudice non potrebbe dar torto alla parte istante imputandogli di non aver assolto al suo onere probatorio, dopo aver rifiutato di assumere proprio la consulenza tecnica per mezzo della quale quell'onere probatorio si sarebbe potuto assolvere.

Va da sé che il consulente nominato, per sopperire ad una lacuna di sapere tecnico, dovrà far uso di quei strumenti che gli consentano di poter serenamente valutare, ricorrendo a verifiche suppletive che gli permettano di rispondere ai quesiti tecnici necessari per l'accertamento della verità reale, che non sempre coincide con la verità processuale: il fine ultimo dell'operatore del diritto, che, seppur caldeggiato negli ultimi disegni legge, aventi ad oggetto la Riforma del processo civile, con l'obiettivo di rendere il giudizio di primo grado "luogo elettivamente deputato alla cognizione del fatto, che sia capace di tendere



ad una decisione giusta della causa, in quanto basata su un accertamento dei fatti tendenzialmente corrispondente alla realtà”, purtroppo allo stato nulla è cambiato, potendosi definire meri ritocchi tecnici quelli contenuti nella Riforma del 2009.

Lasciando ai margini la vexata quaestio circa la possibile qualificazione della consulenza come vero e proprio mezzo istruttorio , e mostrando di ignorare le ampie critiche

sollevate da quella parte della cultura processualciviltica che ha evidenziato il ritardo fra le impostazioni giurisprudenziali del nostro ordinamento, rispetto a quelle di altri ordinamenti, il tema delle modalità di utilizzazione di cognizioni esperte affidabili che rappresenterebbe uno degli snodi essenziali per il corretto funzionamento della giustizia civile, sarebbe auspicabile che venisse posto seriamente in luce<sup>[9]</sup>.

---

[9] La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità Vincenzo Ansanelli Temi di diritto privato . Giuffrè Editore 2011 pagg.263 264

## SOVRAINDEBITAMENTO

# La meritevolezza del debitore sovraindebitato nella procedura di liquidazione del patrimonio (Tribunale di Bergamo, decreto 25 gennaio 2019)

Roberto Alemanno

del 26 aprile 2019

### Sommario

1. Premessa
2. La fattispecie
3. In generale, sui requisiti previsti per l'accesso alla procedura di liquidazione del patrimonio
4. La meritevolezza nella liquidazione del patrimonio
5. La svolta del Tribunale di Bergamo
6. Alcuni rilievi circa la pronuncia del Tribunale di Bergamo
7. Il CCII e la nuova liquidazione controllata

### 1. Premessa

La procedura di liquidazione del patrimonio è disciplinata dagli artt. 14-ter ss. L. 3/2012<sup>[1]</sup> e, in via di prima approssimazione, rappresenta (in senso lato) una procedura concorsuale proponibile, alternativamente rispetto alla proposta di accordo o di piano di composizione della crisi, dal debitore (anche consumatore) sovraindebitato. Concretamente, quest'ultimo richiede la liquidazione di tutti i suoi beni per poter soddisfare (verosimilmente) parzialmente<sup>[2]</sup> i propri creditori e beneficiare, a determinate condizioni, dell'effetto esdebitatorio di cui all'art. 14-terdecies L. 3/2012, liberandosi così dai debiti contratti.

La pronuncia del Tribunale di Bergamo offre a studiosi, operatori e professionisti del settore concorsuale la possibilità di riflettere sulla menzionata procedura di liquidazione del patrimonio, ma anche -e, forse, soprattutto- sul

nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (nel prosieguo anche solo "CCII")<sup>[3]</sup>, il quale (decorso il periodo di vacatio legis di diciotto mesi) abroga l'intera disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento e diventa il corpus normativo di riferimento anche di tale area concorsuale "minore".

Infatti, se da un lato il provvedimento quivi annotato valuta -nella fattispecie concreta- la ricorrenza dei presupposti per l'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio, dall'altro rappresenta il primo èlan vital del nuovo CCII, in quanto la valutazione del tribunale orbico circa i medesimi (richiamati) presupposti recepisce (e applica, seppur implicitamente) anche i principi ispiratori dettati dalla nuova riforma.

Nel caso di specie, il Tribunale di Bergamo valuta la meritevolezza del debitore sovraindebitato di accedere alla procedura liquidatoria di cui agli artt. 14-ter ss. L. 3/2012,

[1] Introdotti dall'art. 18, co. 1, lett. s) D.L. 179/2012, convertito con modifiche nella L. 221/2012.

[2] G. Lo Cascio, L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3), in *Il fall.*, 2013, 813; *Id.*, La composizione delle crisi da sovraindebitamento (Introduzione), in *Il fall.*, 2012, 1021 ss.; R. Battaglia, La composizione delle crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici, in *Dir. fall.*, 2012, 423 ss.; *Id.*, I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della L. n. 3/2012, in *Il fall.*, 2013, 1433; F. Di Marzio, Sulla composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento, in *Dir. fall.*, 2010, 659 ss.; A. Guiotto, La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento, in *Il fall.*, 2012, 1285 ss.

[3] Cfr. artt. da 65 a 73 CCII.

requisito non espressamente previsto nella normativa tuttora vigente, ritenendolo un principio generale delle procedure di composizione della crisi (peraltro ribadito nell'art. 68, co. 3, CCII).

## 2. La fattispecie

Con ricorso ritualmente depositato, il ricorrente chiedeva al Tribunale di Bergamo la nomina di un professionista ai sensi dell'art. 15 L. 3/2012 affinché svolgesse i compiti e le funzioni di cui è deputato l'Organismo di composizione della crisi (OCC). Nel ricorso veniva allegata la relazione del professionista, nella quale si prevedevano forme di risoluzione della crisi da sovraindebitamento (tra le quali la liquidazione del patrimonio ex artt. 14-ter ss. L. 3/2012). Esaminato il ricorso, il Giudice nominava il professionista, il quale redigeva la relazione particolareggiata. Successivamente, il debitore sovraindebitato chiedeva di essere ammesso alla procedura di liquidazione del proprio patrimonio ex artt. 14-ter L. 3/2012 e, a tal fine, metteva a disposizione tutto il suo patrimonio (in ossequio al principio di universalità del concorso dei creditori). Nel piano di liquidazione veniva previsto i) il pagamento integrale dei crediti prededucibili ii) il pagamento del 50,16% dei crediti assistiti da ipoteca iii) il pagamento del 15,89% dei creditori chirografari. Il ricorrente chiedeva, per l'effetto, di essere ammesso al beneficio dell'esdebitazione ex art. 14-terdecies L. 3/2012[4].

Il Tribunale di Bergamo, valutato che ricorressero, nel caso di specie, i presupposti per l'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio di cui agli artt. 14-ter ss. L. 3/2012 (il debitore non era soggetto alle disposizioni sul fallimento, né ha fatto ricorso, nei cinque anni precedenti, a procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento) e che, in concreto, il ricorrente fosse meritevole di accedere a benefici di legge richiesti, dichiarava aperta la predetta procedura di liquidazione, disponendo altresì che fosse escluso dal patrimonio liquidabile in favore del ceto creditorio una somma corrispondente al fabbisogno minimo del ricorrente e del suo nucleo familiare.

## 3. In generale, sui requisiti previsti per l'accesso alla procedura di liquidazione del patrimonio

La liquidazione del patrimonio[5], come si è detto, è disciplinata, in primis, dall'art. 14-ter L. 3/2012, il quale limita l'accesso alla predetta procedura prevedendo i) condizioni di ammissibilità dell'istanza di liquidazione, per le quali rinvia all'art. 7, co. 2, L. 3/2012 ii) contenuti minimi dell'istanza di liquidazione, per i quali rinvia all'art. 9 L. 3/2012.

Per quanto concerne il primo profilo, il debitore in stato di sovraindebitamento può presentare istanza di liquidazione del patrimonio solo ove

1. non sia assoggettabile (né assoggettato) alle procedure previste dall'art. 1 l. fall. (cfr. art. 7, co. 2, lett. a) L. 3/2012);
2. non abbia fatto ricorso, nei cinque anni precedenti, alla procedura di composizione della crisi (cfr. art. 7, co. 2, lett. b) L. 3/2012);
3. non abbia subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli articoli 14 e 14-bis L. 3/2012 (revoca, risoluzione o annullamento dell'accordo omologato, revoca e dichiarazione di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore) (cfr. art. 7, co. 2, lett. c) L. 3/2012);
4. non abbia fornito documentazione che non consenta di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale (cfr. art. 7, co. 2, lett. d) L. 3/2012).

Circa invece il secondo profilo, diversi ed ulteriori sono gli elementi necessari affinché il giudice possa ammettere la domanda di un soggetto (in astratto) legittimato, dichiarando aperta la procedura: unitamente alla proposta il debitore sovraindebitato deve depositare l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i propri beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia[6]; il debitore che svolge attività d'impresa deve altresì depo-

[4] Al tempo in cui la domanda veniva proposta, il patrimonio della parte ricorrente constava di crediti retributivi derivanti da rapporto di lavoro subordinato, di un immobile di proprietà e di un autoveicolo.

[5] Sono soggetti alla domanda di liquidazione tutti i beni del debitore (tantoché deve essere allegato alla stessa l'inventario), tra cui sono sicuramente individuabili quelli attuali, gli accessori, le pertinenze ed i frutti, nonché i beni sopravvenuti nei quattro anni successivi all'apertura della procedura; al contrario, ne sono esclusi i crediti impignorabili (assolutamente o relativamente), i crediti alimentari, di mantenimento, gli stipendi, le pensioni, i salari e così tutto ciò che il debitore guadagna con la sua attività. Andranno poi ulteriormente escluse le somme, quantificabili/quantificate dal giudice solo in relazione al caso concreto, strettamente necessarie al debitore per il mantenimento proprio e della sua famiglia, nonché i frutti dell'usufrutto legale sui beni del figlio, il fondo patrimoniale, e i relativi frutti (salvo quanto previsto dall'art. 170 c.c.).

[6] Previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia.

sitare le scritture contabili degli ultimi tre esercizi (cfr. art. 9, co. 2 e 3, L. 3/2012).

Verificati i requisiti di cui all'art. 14-ter, il giudice dovrà in ultimo verificare, ex art. 14-quinquies L. 3/2012, che il debitore non abbia, nei cinque anni precedenti alla proposizione dell'istanza, posto in essere atti in frode ai creditori.

#### 4. La meritevolezza nella liquidazione del patrimonio

Considerati i requisiti che ricorrono per l'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio, non si rinviene nella disciplina in esame alcuna norma a mente della quale sia richiesto un espresso giudizio di meritevolezza (come, invece, nel piano del consumatore, ove l'OCC deve relazionare anche su tale parametro<sup>[7]</sup>) da parte dell'organo giudicante.

Ne deriva che, in assenza di limiti legislativi che impongano una valutazione in tal senso, una indagine sulla meritevolezza del debitore sovraindebitato di accedere alla procedura dovrebbe ritenersi preclusa in capo al Giudice. Al più, si potrebbe ammettere che tale sindacato si limiti a verificare che il debitore non abbia, nei cinque anni precedenti alla proposizione dell'istanza, posto in essere atti in frode ai creditori (così come previsto dall'art. 14-quinquies L. 3/2012). In questo caso, tuttavia, si tratterebbe di vagliare la sussistenza di elementi ostativi all'apertura della procedura di liquidazione che coincidono con l'astensione del debitore dal compimento, in un determinato arco temporale, di atti fraudolenti verso il ceto creditorio. Non ci sarebbe, invece, una indagine ufficiosa relativa a ulteriori particolari condotte poste in essere dal ricorrente a giustificazione della sua meritevolezza di accedere al beneficio della liquidazione (e della successiva esdebitazione).

#### 5. La svolta del Tribunale di Bergamo

Chiarito che, sulla scorta del solo dato letterale, l'unico sindacato di meritevolezza del debitore dovrebbe essere limitato alla verifica del mancato compimento di atti frau-

dolenti verso il ceto creditorio, il provvedimento emesso dal Tribunale di Bergamo sembra rappresentare una svolta sul tema.

Nella pronuncia in esame vengono infatti valutate anche altre condotte del sovraindebitato, il quale non solo deve essersi astenuto dal recare pregiudizio verso i propri creditori, ma non deve neppure aver fatto accesso al credito in maniera colposa e negligente, ossia nella consapevolezza che, nella sua concreta situazione economica, non sarebbe mai stato in grado di adempiere a tali obbligazioni. Per quanto attiene al caso di specie, letta la relazione dell'OCC, il giudicante ha escluso che il debitore abbia avuto comportamenti negligenti nel contrarre le obbligazioni e che le stesse cause del sovraindebitamento fossero rintracciabili in una condotta omissiva dello stesso. In altre parole, il Tribunale di Bergamo, prima di emettere il decreto di apertura della procedura liquidatoria, ha valutato la ricorrenza dei medesimi presupposti per l'omologa del piano del consumatore.

In particolare, il giudice orobico ha ritenuto di sindacare (e, nel caso di specie, riconoscere) la meritevolezza del sovraindebitato di accedere alla predetta procedura sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo: dal primo punto di vista, devono rinvenirsi esigenze particolarmente meritevoli di tutela giuridica documentate dalla attendibilità della documentazione allegata all'atto introduttivo; dal secondo, invece, deve essere caratterizzato, dalla diligenza nell'assunzione delle obbligazioni rappresentata dalla sussistenza della ragionevole prospettiva di poter adempiere alle obbligazioni assumende in quanto proporzionate alle capacità del debitore.

#### 6. Alcuni rilievi circa la pronuncia del Tribunale di Bergamo

La pronuncia in esame pare dunque aver assimilato la liquidazione del patrimonio al piano del consumatore, quantomeno rispetto ai requisiti di accesso.

Sono dunque opportuni alcuni rilievi a riguardo.

La ratio della procedura di liquidazione del patrimonio mira a garantire al debitore sovraindebitato la possibi-

[7] Ove, si noti, il proprium del giudizio di omologazione è rappresentato dall'indagine in merito al requisito della meritevolezza dell'accesso al credito da parte del debitore. In tale procedimento, il requisito della meritevolezza può essere definito secondo un requisito di carattere soggettivo ed uno di natura oggettiva del ricorso al credito che, sulla base di tali parametri, deve essere ritenuto idoneo a giustificare l'omologa di un piano del consumatore. Il ricorso, infatti, dal punto di vista oggettivo, deve essere giustificato dalla sussistenza di esigenze particolarmente meritevoli di tutela giuridica documentate dalla attendibilità della documentazione allegata all'atto introduttivo delle procedure mentre, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, deve essere caratterizzato, al momento della assunzione delle obbligazioni, dalla diligenza del debitore nell'assunzione delle obbligazioni rappresentata dalla sussistenza della ragionevole prospettiva di poter adempiere alle obbligazioni assumende in quanto proporzionate alle capacità del consumatore stesso ed, inoltre, l'accesso al credito non deve essere stato determinato colposamente dal debitore. R. Bocchini, La meritevolezza dell'accesso al credito nel sovraindebitamento del consumatore, in Giur. it., 2017, 1570-1571.

lità di esdebitarsi da tutte le obbligazioni (e debiti) contratti nell'esercizio della propria attività e, al contempo, ad assicurare il maggior soddisfacimento del ceto creditorio.

Tuttavia, il legislatore considera l'effetto esdebitatorio della predetta procedura un rilevante beneficio e, pertanto, prescrive dei requisiti affinché il debitore vi possa accedere (cfr. par. 3).

Sulla scorta di questa osservazione, non pare fuori luogo sostenere che, sebbene non sia espressamente previsto, in tale procedura possa trovare ingresso una indagine ufficiosa (e, ancor prima, dell'OCC), relativamente alla condotta tenuta dal sovraindebitato e alla sua meritevolezza di accedere alla liquidazione.

In particolare, tale ultimo concetto dovrebbe sostanziarsi, da un lato, dal mancato compimento di atti fraudolenti a pregiudizio dei creditori, dall'altro, dalla diligenza nell'assunzione delle obbligazioni, ossia della ragionevole prospettiva (valutata ex ante) di poter adempiere alle obbligazioni contraende.

Ciò è espressione del più generale principio di buona fede, applicabile (proprio in virtù del carattere pregnante all'interno dell'ordinamento) anche alla procedura in esame. D'altro canto, potrebbe risultare iniquo e non rispondente ad esigenze di giustizia concedere il beneficio esdebitatorio ad un debitore sovraindebitato che abbia in precedenza fatto accesso al credito in maniera colposa e negligente, nella consapevolezza di non essere in grado di adempiere alle obbligazioni contratte.

## 7. Il CCII e la nuova liquidazione controllata

Con il D.lgs 12 gennaio 2019, n. 14 (emanato in attuazione della Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155), il legislatore ha riformato la materia delle procedure concorsuali promulgando il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il quale abroga le normative vigenti in materia (ivi compresa la L. 3/2012)<sup>[8]</sup>.

Con specifico riferimento alla procedura in esame, l'ultima parte della disciplina della procedura di sovraindebitamento è regolata dagli artt. 268 ss. CCII ed è dedica-

ta alla c.d. liquidazione controllata del debitore sovraindebitato.

Ai sensi dell'art. 268 CCII, anche nella nuova disciplina, il debitore in stato di sovraindebitamento può domandare<sup>[9]</sup> con ricorso al tribunale competente l'apertura di una procedura di liquidazione controllata dei suoi beni<sup>[10]</sup> (con le esclusioni di cui all'art. 268, co. 3, CCII<sup>[11]</sup>).

Affinché il tribunale possa decretare l'apertura della procedura, l'istante deve allegare al ricorso una relazione, redatta dall'OCC, che esponga una valutazione sulla completezza e l'attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda e che illustri la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore.

Verificati i presupposti di legge, il Tribunale dichiara con sentenza (e non, invece, con decreto) l'apertura della procedura di liquidazione controllata ex art. 270 CCII.

Nessun cenno, nessuna integrazione legislativa, rispetto alla rilevanza del criterio della meritevolezza del debitore sovraindebitato all'interno di tale procedura.

Rebus sic stantibus, anche dopo la riforma si ritiene che le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, e in particolare la liquidazione controllata, mirino a garantire al debitore sovraindebitato la possibilità di esdebitarsi da tutte le obbligazioni assunte e, allo stesso momento, ad assicurare il maggior soddisfacimento dei creditori.

Pertanto, in tale contesto normativo, e in assenza di un intervento legislativo in tal senso, si è spinti a pensare che lo scenario non sia, almeno sotto il profilo, sostanzialmente mutato.

Alla luce del nuovo CCII e dei suoi principi ispiratori (tra i quali vi è senza dubbio quello di garantire un fresh start del debitore) si ritiene che la meritevolezza del debitore sia un fondamentale presupposto per accedere alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e, in particolare, a quella di liquidazione controllata. Diversamente, non si dovrebbe garantire l'effetto esdebitatorio al debitore che abbia fatto accesso al credito nella consapevolezza di non essere in grado di adempiere alle obbligazioni contratte.

[8] Ad eccezione di quelle relative alla amministrazione straordinaria delle grandi imprese e della liquidazione coatta amministrativa.

[9] La domanda può essere presentata da un creditore anche in pendenza di procedure esecutive individuali e, quando l'insolvenza riguardi l'imprenditore, dal pubblico ministero (art. 268, co. 2, CCII).

[10] La domanda può essere presentata oltre che dal debitore assistito dall'OCC, da un creditore o dal pubblico ministero. Si noti altresì che non sono compresi nella liquidazione alcuni crediti dettagliatamente elencati. Il deposito dell'istanza sospende il corso degli interessi legali e convenzionali sino alla chiusura della liquidazione, salvo talune deroghe previste per i crediti garantiti da ipoteca, pegno e privilegio.

[11] G. Lo Cascio, Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura, in *Il fall.*, 2019, 267-268.

## PIGNORAMENTO E REDDITO DI CITTADINANZA: QUALI POSSIBILITÀ?

# Si può pignorare il Reddito di cittadinanza? Brevi considerazioni a margine di un recente intervento normativo

Elisa Giardini

del 29 aprile 2019

### Sommario

1. Che cos'è il Reddito di Cittadinanza?
2. Come viene determinato ed erogato il RdC?
3. Qual è la natura del RdC?
4. La parola alla giurisprudenza

### 1. Che cos'è il Reddito di Cittadinanza?

Col D.L. n. 4 del 28.01.2019, denominato “Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni”, in vigore dal 29.01.2019, è stato introdotto nell'ordinamento, e sarà operativo dal mese di aprile p.v.[1], con le modifiche che verranno introdotte in sede di conversione, il Reddito di cittadinanza (“RdC”), misura d'integrazione ai redditi familiari, erogata dallo Stato, “di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro”[2].

Il RdC, per quanto si apprende dal decreto, deve essere associato ad un percorso di reinserimento lavorativo e so-

ciale, di cui i beneficiari sono protagonisti, sottoscrivendo un Patto per il lavoro ed un Patto per l'inclusione sociale. In particolare, il RdC viene erogato ai nuclei familiari in possesso, cumulativamente, al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, di determinati requisiti. Sotto il profilo soggettivo, il richiedente deve essere cittadino maggiorenne, italiano o dell'Unione Europea, oppure un suo familiare che sia titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, o un cittadino di un Paese terzo in possesso di un permesso di soggiorno nell'Unione per soggiornanti di lungo periodo. È necessario essere residente in Italia da almeno 10 anni, di cui gli ultimi 2 in modo continuativo.

Dal punto di vista dei requisiti oggettivi, reddituali-economici, il nucleo familiare[3] deve essere in possesso di

[1] I cittadini in possesso dei requisiti ne hanno fatto domanda a partire dal 6.03.2019 (e da ogni giorno 6 del mese), obbligandosi ad un percorso personalizzato di inserimento lavorativo di inclusione sociale.

[2] Per i nuclei familiari, composti esclusivamente da uno o più componenti di età pari o superiore a 67 anni, il RdC assume la denominazione di Pensione di cittadinanza, misura di contrasto alla povertà delle persone più anziane cui non si chiede la ricerca di lavoro.

[3] I coniugi permangono nel medesimo nucleo anche a seguito di separazione o divorzio qualora continuino a risiedere nella stessa abitazione; il figlio maggiorenne non convivente coi genitori fa parte del nucleo familiare dei genitori esclusivamente se di età inferiore a 26 anni, nella condizione di essere a loro carico ai fini IRPEF, non sia coniugato e non abbia figli. Con i nuovi emendamenti in esame in Parlamento, in sede di conversione, si prevede - per evitare abusi - che qualora la separazione tra i coniugi sia avvenuta dopo il 1.09.2018, gli ex coniugi che ne facciano domanda saranno esclusi dal beneficio, senza appositi “verbali certificati dalla polizia locale sul cambio di residenza”. In sede di conversione è stata prevista anche una stretta sui “finti” genitori single: tutte le coppie di genitori non sposati e non conviventi dovranno presentare comunque l'ISEE congiunto, anche quando uno dei due non si occupi, almeno dal punto di vista economico, dei figli minori.

un valore ISEE[4] inferiore a 9.360 euro; di un patrimonio immobiliare, diverso dalla casa di abitazione principale, di valore non superiore a 30.000 euro[5]; di un valore del patrimonio mobiliare non superiore a 6.000 euro per il singolo, incrementato in base al numero dei componenti della famiglia[6], alla presenza di più figli[7] o di componenti con disabilità[8]; di un valore del reddito familiare inferiore a 6.000 euro annui, moltiplicato per il corrispondente parametro della scala di equivalenza[9]. La soglia è aumentata a 7.560 euro per la Pensione di cittadinanza. Se il nucleo familiare risiede in un'abitazione in locazione, la soglia è elevata quindi a 9.360 euro.

Per accedere alla misura di sussidio nessun componente del nucleo deve possedere autoveicoli immatricolati la prima volta nei 6 mesi antecedenti la richiesta, o autoveicoli di cilindrata superiore a 1.600 cc oppure motoveicoli di cilindrata superiore a 250 cc, immatricolati la prima volta nei due anni antecedenti[10], né navi e imbarcazioni da diporto[11].

Il RdC è compatibile con il godimento della NASpI (Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego) e con altri strumenti di sostegno al reddito per la disoccupazione involontaria[12], ma sostituisce il REI (Reddito di Inclusione[13]), che continuerà ad essere erogato, ai soggetti richiedenti che ne abbiano i requisiti, solo fino ad aprile 2019, al pieno avvio del RdC.

## 2. Come viene determinato ed erogato il RdC?

Il beneficio economico in parola si compone di due parti, una che integra il reddito familiare fino alla soglia di 6.000 euro moltiplicati per la scala di equivalenza[14]; l'altra, destinata solo a chi conduce un immobile in locazione, incrementa il beneficio di un ammontare annuo pari al canone locatizio fino ad un massimo di 3.360 euro[15]. È prevista un'integrazione per famiglie proprietarie dell'abitazione, ove sia stato contratto un mutuo: in questa ipotesi l'integrazione, pari al massimo alla rata del mutuo, non può superare 1.800 euro. L'importo complessivo, con le due componenti, non può superare i 9.360 euro all'anno (cioè 780 euro al mese), moltiplicati per la scala di equivalenza.

Il versamento del beneficio decorre dal mese successivo a quello di richiesta e viene erogato per un periodo continuativo di massimo 18 mesi[16], con un'apposita Carta di pagamento elettronica (Carta RdC), emessa da Poste Italiane[17], per l'acquisto di beni e servizi di base (alimenti, farmaci, bollette[18]), effettuare prelievi in contante entro un limite mensile non superiore a 100 euro per i nuclei familiari composti da un singolo individuo (incrementata in base al numero di componenti il nucleo sino a 210 euro[19]) ed effettuare bonifico mensile in favore del locatore indicato nel contratto di locazione o dell'intermediario che ha concesso il mutuo[20].

Senza entrare nel dettaglio degli obblighi e degli impegni

[4] È l'Indicatore della Situazione Economica Equivalente, cioè lo strumento che consente di misurare la condizione economica della famiglia per accedere a determinate agevolazioni, sconti, bonus e riduzioni.

[5] Gli stranieri non potranno richiedere RdC (e Pensione) di cittadinanza se proprietari di immobili di valore superiore a 30.000 euro ubicati non solo in Italia ma anche all'estero.

[6] Fino a 10.000 euro.

[7] 1.000 euro in più per ogni figlio, oltre il secondo.

[8] 5.000 euro in più per ogni componente con disabilità

[9] È 1 per il primo componente del nucleo familiare, incrementato di 0,4 per ogni ulteriore componente maggiorenne e di 0,2 per ogni ulteriore componente minorenni, fino ad un massimo di 2,1.

[10] Sono esclusi gli autoveicoli ed i motoveicoli per cui è prevista un'agevolazione fiscale per persone con disabilità.

[11] Ex art. 3, comma 1 D.Lgs. n. 171/2005.

[12] Non può essere erogato ai nuclei familiari che abbiano tra i loro componenti soggetti disoccupati a seguito di dimissioni volontarie nei dodici mesi successivi alla data delle dimissioni, salvo le dimissioni per giusta causa.

[13] Introdotto con D.Lgs. n. 147 del 15.09.2017.

[14] Sono 7.560 euro per la Pensione di cittadinanza cit.

[15] 1.800 euro per la Pensione di cittadinanza.

[16] Potrà essere rinnovato, previa sospensione di un mese, prima di ciascun rinnovo. La sospensione non è prevista per la Pensione di cittadinanza.

[17] Gialla, senza nome, coi numeri in rilievo, il logo di Poste e dotata di chip. La Pensione di cittadinanza, invece, sarà pagabile anche in contanti e non solo su card.

[18] Si vorrebbero introdurre anche altre voci, come vestiario, piccoli elettrodomestici.

[19] Per questione privacy - rispetto all'impianto originario - è stata allentata la pervasività dei controlli dello Stato sulle spese: saranno monitorati i soli importi complessivamente spesi ed i prelievi dalla Carta, non la tipologia di acquisti.

[20] Il beneficio deve essere ordinariamente fruito entro il mese successivo a quello di erogazione, pena la sottrazione del 20% del beneficio non speso o non prelevato.

previsti dal legislatore in capo al beneficiario per godere e/o continuare a godere del RdC e dei casi in cui questa erogazione può essere persa e/o ridotta d'ammontare, ovvero esaminare le sanzioni per le fattispecie di elusione o violazione della normativa e tutte le criticità e/o dubbi che accompagnano la nuova misura ex legge di bilancio del 2019[21], preme concentrarsi sugli effetti che tale emolumento per famiglie in difficoltà[22] potrebbe avere nell'ambito dei rapporti creditore-debitore, ed in particolare per l'art. 2740 c.c., e per gli strumenti procedurali che il Codice accorda al creditore, ove il debitore non rispetti le obbligazioni e si renda inadempiente, dal momento che tale erogazione in denaro e/o comunque le informazioni ed i dati del beneficiario che alla stessa sono legati, potrebbero fare aumentare le risorse a disposizione del debitore ed i suoi beni con cui "rispondere delle obbligazioni contratte" e fare pensare alla "aggredibilità" da parte del creditore del RdC e della Carta RdC.[23]

Restando nell'ambito del processo e delle procedure esecutive, ci si chiede, in particolare, se il RdC e la Carta RdC siano pignorabili nelle forme del pignoramento presso terzi. Il testo del decreto non si esprime in merito e, non essendo ancora pienamente operativo, nessuna pronuncia o decisione è sinora intervenuta da parte dei Giudici.

Preme un richiamo alle disposizioni più simili, ovvero la ricerca di una risposta in via interpretativo-analogica, ricorrendo alle norme esistenti.

Gli artt. 543 s.s. c.p.c. disciplinano il pignoramento presso terzi, ovvero l'espropriazione di crediti del debitore verso terzi o cose di proprietà del debitore di cui terzi abbiano il possesso. L'art. 545 c.p.c. individua, in particolare, i crediti/le somme che non si possono pignorare in modo assoluto e altre, come stipendi e pensioni, che si possono pignorare solo entro determinati limiti.

Tra i crediti non pignorabili ci sono quelli alimentari, "tranne che per cause di alimenti, e sempre con l'autorizzazione

del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata mediante decreto, i sussidi di maternità e per malattie" ed "i sussidi di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri".

Il Codice di Rito non elenca tali sussidi, che hanno avuto nel tempo, diversi nomi. In questo senso non sarebbero pignorabili il REI, l'assegno sociale e la pensione sociale, perché definiti e specifici nella loro natura e funzione di ausilio e di tutela delle persone in stato di povertà ovvero che necessitano del minimo indispensabile per la sussistenza. Al contrario è pignorabile, con gli stessi limiti delle pensioni, e dunque non in maniera assoluta, la NASpI[24], ossia l'assegno di disoccupazione in quanto sostituto del reddito, come lo è la cassa integrazione. E il RdC?

### 3. Qual è la natura del RdC

Occorre chiedersi a cosa sia assimilabile il RdC e quale sia la natura dell'emolumento, perché, in funzione della risposta data, potrebbero ottenersi conseguenze diverse: in particolare se sia assimilabile ad un sussidio/aiuto alla povertà impignorabile, ovvero ad un reddito vero e proprio, perché legato ad impegni ed obblighi in capo al beneficiario connessi alla ricerca di lavoro e che in un lavoro devono e vogliono sfociare[25].

La natura del RdC è probabilmente ibrida e non del tutto chiara: infatti, inizialmente lanciato come una forma di sostegno della povertà, il RdC ha progressivamente cambiato "veste", per non apparire una misura assistenziale. L'art 1 del decreto attuativo ne dà, peraltro, una definizione molto ampia, ma quella che coglie più nel segno è forse quella di politica attiva del lavoro, per "mobilitare" i beneficiari alla ricerca di un'occupazione che potrebbe renderli autonomi[26]. Tanto è vero che chi è completamente inabile al lavoro non può percepire il RdC, il che sottolinea ancora di più lo scopo non rivolto in via immediata a sostenere i poveri. Nello stesso senso sono da leggere gli

[21] L. n. 145 del 30.12.2018 in suppl. ord. n. 62 della Gazzetta Ufficiale n. 302 del 31.12.2018.

[22] Tra le ultime proposte si è prevista l'apertura anche ai c.d. working poor, cioè anche a chi un lavoro già ce l'ha, ma pagato poco, e che sarà considerato disoccupato - ai fini della normativa sul RdC e potrà entrare nel patto per il lavoro previsto nel programma e ricevere le c.d. "offerte congrue".

[23] Parimenti, la misura dovrà essere valutata e potrà avere un ruolo, modificativo, anche nell'ambito di altri rapporti tutelati dal diritto positivo o processuale, come quelli famigliari, per la maggiore disponibilità economica in cui potrebbe venire a trovarsi, anche solo temporaneamente, colui che già beneficia ovvero colui che sia tenuto ad effettuare corresponsioni nell'ambito de rapporti famigliari, come l'assegno di mantenimento e/o divorzile a favore di coniuge o figli.

[24] Si legga, nel merito, Trib. Ragusa, sez. distaccata di Vittoria, n. 75 del 20.04.2004 in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), sentenza che, a seguito di un'opposizione all'esecuzione, affronta la questione della natura previdenziale del trattamento speciale di disoccupazione agricola, risolvendola in senso positivo, giungendo alla conclusione della pignorabilità delle relative somme esclusivamente nei limiti stabiliti dalla Corte Cost., con sentenza n. 506 del 4.12.2002 in *Giur. It.*, 2003, 7, p. 1326. Si veda, altresì, Corte Cost. n. 85 del 15.05.2015, in *Sito Ufficiale Corte Cost.*, 2015.

[25] La Pensione di cittadinanza, essendo indirizzata a chi non può più lavorare, ha lo scopo di contrastare la povertà e non sarà pignorabile.

[26] Viene previsto l'obbligo alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti maggiorenni del nucleo famigliare, nonché l'adesione



sgravi contributivi per le aziende private che assumano un beneficiario di questo reddito[27].

Se si tratta, allora, di un reddito di lavoro, o di somme assimilabili ad uno stipendio, ad un salario o altre indennità relative ad un rapporto di lavoro o di impiego, il RdC potrebbe essere pignorabile ex art. 545, comma 3 c.p.c., con limiti, almeno da coloro (locatore, intermediario finanziario, ecc.) che con quelle somme si prevede vengano pagati, pena l'inefficacia e/o la parziale inefficacia del pignoramento. Sebbene per lo stipendio il minimo vitale non sia previsto (come invece per le pensioni e si legga punto 4), i lavoratori possono comunque contare sulla limitazione del quinto dell'importo (totale) dello stipendio netto, oltre il quale il pignoramento non può estendersi[28].

L'art. 545, comma 7 c.p.c. statuisce infatti che "le somme da chiunque dovute a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione o di altri assegni di quiescenza, non possono essere pignorate per un ammontare corrispondente alla misura massima mensile dell'assegno sociale, aumentato della metà. La parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dal terzo, quarto e quinto comma [ossia 1/5 o 1/3, previa autorizzazione del tribunale per i crediti alimentari e di mantenimento] nonché dalle speciali disposizioni di legge".

Tale somma, per il 2018, era pari a 679,50 euro (453 euro dell'assegno sociale più 1/2). Il pignoramento, in questo caso, potrebbe riguardare solo la parte eccedente tale ammontare, peraltro non per l'intero ma nel limite del quinto. Il comma 8 continua, poi, stabilendo che "le somme dovute a titolo di stipendio, salario, altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego[29], comprese quelle dovute a causa di licenziamento, nonché a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione, o di assegni di quiescenza, nel caso di accredito su conto bancario o postale intestato al debitore, possono essere pignorate, per l'importo

eccedente il triplo dell'assegno sociale [per il 2018: 1.359 euro], quando l'accredito ha luogo in data anteriore al pignoramento; quando l'accredito ha luogo alla data del pignoramento o successivamente, le predette somme possono essere pignorate nei limiti previsti dal terzo, quarto, quinto e settimo comma nonché dalle speciali disposizioni di legge[30]".

Ora con l'avvento del RdC ci si può domandare se la soglia di non pignorabilità sia stata aumentata sino alla nuova misura dell'emolumento di cui può beneficiare il soggetto che ne abbia diritto al RdC, oppure no, tenuto conto del fatto che molte retribuzioni e/o stipendi, anche di soggetti e contribuenti che non potranno beneficiare del RdC, per non averne i requisiti, e specialmente nelle Regioni del Sud, sono attualmente di importo più basso o inferiore rispetto a quello ritenuto "congruo" ed erogato quale Reddito di cittadinanza.

Ciò costituirebbe forte vincolo e limite per il creditore, anche rispetto a chi non possa beneficiare di detto emolumento, non avendone i requisiti, qualora si assistesse all'adeguamento a tale nuova soglia.

Parimenti, ammesso (e non concesso) che il RdC sia pignorabile, e che lo sia - coi limiti descritti sopra dell'art. 545 c.p.c. - resterebbe da definire chi sia il terzo debitor debitoris cui notificare l'atto di pignoramento e rivolgere gli "inviti" di cui all'art. 547 c.p.c.: l'INPS o il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali oppure ancora Poste Italiane, che ha realizzato e stampato la carta acquisti, o l'istituto di credito dove il titolare del RdC abbia un proprio conto corrente in cui abbia fatto confluire i prelievi in contante? Anche rispetto a tali quesiti emerge la natura tutta incognita ed in fieri di questo nuovo istituto, poiché il debitore-titolare del RdC, in presenza dei requisiti, beneficia di un sostegno economico, senza potersi dire creditore nei confronti degli Enti previdenziali o astrattamente del Legislatore che ha introdotto il Reddito di Cittadinanza, come lo potrebbe essere (e lo è, nelle fatti-

ai percorsi di accompagnamento all'inserimento lavorativo.

[27] Parimenti, le erogazioni di questo "reddito" cessano quando il beneficiario comincia a lavorare [con facoltà di rifiutare per tre volte un'offerta "non congrua". Un'offerta di lavoro per essere giudicata "congrua" e obbligarne il beneficiario all'accettazione deve prevedere uno stipendio di almeno 858 euro, pari al 10% in più della misura massima di RdC per un single] e le mensilità residue non ancora riscosse vanno all'azienda che avrà assunto a tempo indeterminato.

[28] Inoltre il pignoramento dello stipendio per simultaneo concorso di cause diverse non può estendersi oltre la metà del suo ammontare.

[29] Sull'estensione al lavoro privato delle disposizioni previste per i dipendenti della PA v. Cass. Civ., sez. 3, n. 685 del 18.01.2012 in "Il Sole 24 Ore", "Guida al Lavoro", 2012, 19, p. 40.

[30] Comma aggiunto dall'art. 13, comma 1, lett. l) D.L. 27.06.2015 n. 83, conv. con modific. da L. 6.08.2015 n. 132; per l'applicazione della disposizione v. art. 23, comma 6 del D.L. 83/2015. Con riguardo a questa disposizione, prima dell'intervento legislativo, si legga Cass. Civ., sez. L, n. 26042 del 17.10.2018 in "CED", Cassazione, 2018: "In tema di esecuzione forzata presso terzi, il trattamento pensionistico versato sul conto corrente pignorato in data antecedente all'entrata in vigore del D.L. n. 83/2015 (conv. con modific. in L. n. 132/2015), di modifica dell'art. 545 c.p.c., è sottoposto all'ordinario regime dei beni fungibili secondo le regole del deposito irregolare, in virtù del quale le somme versate perdono la loro identità di crediti pensionistici e, pertanto, non sono sottoposte ai limiti di pignorabilità dipendenti dalle cause che diedero origine agli accrediti, con conseguente applicazione del principio generale di cui all'art. 2740 c.c.".

specie “tradizionali”) nei confronti della banca per il rapporto contrattuale di conto corrente che lo lega all’istituto ovvero del proprio datore di lavoro, per la prestazione lavorativa resa, o ancora nel contratto di locazione o negli altri rapporti sinallagmatici e patrimoniali[31].

#### 4. La parola alla giurisprudenza

La giurisprudenza è intervenuta, specialmente quella di legittimità, della Corte Costituzionale[32], ma anche di merito[33], a sancire la mancanza di irragionevolezza e di disparità nel diverso trattamento accordato ex lege alla pensione e allo stipendio rispetto al pignoramento di somme presso terzi, con pronunce del medesimo tenore[34].

Pur residuando ancora giudici, di merito, che parificano pensione e stipendio ai fini della non pignorabilità, ragionando per analogia (contemperando diverse esigenze), l’orientamento è oramai dominante e si può presumere sarà lo stesso anche rispetto al nuovo RdC e alla Pensione di cittadinanza e che il discrimine, da parte dell’interprete sarà ancora una volta quello dell’individuazione delle somme che costituiscono il minimo vitale o comunque necessarie per la sussistenza e per “assicurate un’esisten-

za libera e dignitosa”[35], pur dovendosi probabilmente ragionare sulla aumentata soglia minima a quella rappresentata oggi dalle somme erogate dal RdC.

Citiamo qui Tribunale di Ravenna, sent. 23.01.2012[36]: “il credito professionale dell’avvocato non rientra tra i crediti ‘qualificati’ indicati dall’art. 2, n. 2 DPR 180/1950 che consentono la pignorabilità della pensione nei limiti di un quinto anche quando questa assicuri al pensionato il solo ‘minimum vitale’”, ma anche un orientamento del Giudice dell’Esecuzione del medesimo Tribunale di Ravenna (ord. 24.02.2016 nel proc. RG n. 151/16 non pubblicata), che ha applicato il D.L. n. 83/2015 conv. in L. 132/2015, previsto per le pensioni, estensivamente anche alle retribuzioni, in analogia al principio del rispetto del minimo vitale, sul presupposto della parità delle situazioni economiche del debitore, sia che sia pensionato, sia che sia lavoratore dipendente[37].

In linea con quanto statuito dal Giudice delle Leggi si leggano, invece, nel merito Trib. Bolzano, 3.02.2010[38] e, quale pronuncia del Giudice penale, che riprende l’orientamento dominante e la diversa natura tra sequestro penale e pignoramento presso terzi, Cass. Pen, sez. 5, n. 35531 del 1.10.2010[39].

[31] Mancherebbe pure, nella fattispecie del RdC, l’obbligazione, se non nell’impegno/onere a seguire il percorso di reinserimento al lavoro che il RdC auspica, pena la perdita del contributo.

[32] Tra le tante, Corte Cost., ord. n. 91 del 28.10.2017, Sito Ufficiale Corte Cost., 2017 “È dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale [...] in riferimento agli artt. 3 e 26 Cost., dell’art. 545, comma 4 c.p.c., nella parte in cui non prevede l’impignorabilità assoluta della parte di retribuzione necessaria a garantire al lavoratore i mezzi indispensabili alle sue esigenze di vita, o in via subordinata, nella parte in cui non prevede le medesime limitazioni in materia di pignoramento per crediti tributari disposte dall’art. 72-ter del D.P.R. n. 602 del 1973. Analoga questione, sollevata con atto di identico contenuto è stata già dichiarata non fondata dalla sentenza n. 248 del 2015, la quale ha precisato che la tutela della certezza dei rapporti giuridici, in quanto collegata agli strumenti di protezione del credito personale, non consente di negare in radice la pignorabilità degli emolumenti ma di attenuarla per particolari situazioni la cui individuazione è riservata alla discrezionalità del legislatore, e che gli evocati *tertia comparationis* (regime di impignorabilità delle pensioni e, in subordine, limiti al pignoramento per la riscossione coattiva delle imposte sul reddito) sono eterogenei rispetto alla disposizione censurata”. Anche Corte Cost., ord. n. 202 del 15.11.2018, ord. n. 222 del 2.10.2016, ord. 70 del 5.04.2016, Corte Cost. sent. n. 248 del 3.12.2015, n. 85 del 15.05.2015, ord. n. 225 del 29.05.2002, sent. n. 434 del 23.12.1997.

[33] Trib. Messina, sez. 2, ord. 18.05.2016 “il trattamento stipendiale non è assimilabile a quello pensionistico, per il quale deve escludersi la pignorabilità di quelle somme necessarie ad assicurare al pensionato mezzi adeguati alle proprie esigenze di vita. Ne consegue che per il trattamento stipendiale non opera il limite della impignorabilità del minimo indispensabile per vivere e che l’inconveniente, pe quanto socialmente doloroso, non dà luogo ad una illegittimità costituzionale della normativa, in ragione dell’esigenza di non vanificare la garanzia del credito, ferma la discrezionalità del legislatore nell’introdurre appositi limiti”.

[34] Si legga Cass., sez. L., n. 9950 del 24.05.2004 e Cass. Civ., sez. 3, n. 4887 del 30.07.1986, entrambe in “Il Sole 24 Ore”, “Ventiquattrore Avvocato”, 2005, 9, p. 50.

[35] Art. 36 Cost. Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa.

[36] In “Centro studi giuridici di Mantova”, www.ilcaso.it, 2012, p. 6877, pt. I.

[37] Tale provvedimento, preme precisare, è stato fatto oggetto di opposizione agli atti esecutivi e di successiva pronuncia del giudice di merito con sentenza di annullamento n. 328 del 12.04.2017 inedita, in linea con l’orientamento dominante della Corte Cost. cit., che non rileva alcuna irragionevolezza nel diverso trattamento tra stipendio e pensione.

[38] “È escluso che l’azione esecutiva, avente ad oggetto denaro giacente in conto corrente, possa andare incontro alle restrizioni previste nel caso di crediti da retribuzione o pensione - oggetto di pignoramento - atteso che il titolo, che abbia giustificato il suddetto versamento, e dunque acquisizione non ha più rilevanza una volta che la somma di denaro è stata, per l’appunto, versata nel conto”. In “Il Corriere Giuridico”, 2011, 8, p. 1147.

[39] “Il sequestro conservativo può avere ad oggetto una somma di denaro proveniente da un credito di lavoro, non valendo i limiti all’esecuzione del pignoramento previsti dai commi 3 e 4 dell’art. 545 c.p.c., in quanto, fermo il titolo di un sequestro conservativo disposto dal giudice penale, le questioni relative alla pignorabilità dei crediti sono proponibili solo in sede di esecuzione civile”. In “La Tribuna”, “Rivista Penale”, 2011, 11, p. 1215.

# Le “comunicazioni” e le “notifiche” nell’era digitale: il momento perfezionativo della spedizione via pec e la sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2019, n. 75, dichiarativa della illegittimità dell’art. 16 septies, L. n. 221 del 2012

Caterina Silvestri

del 30 aprile 2019

## Sommario

1. Le “comunicazioni” e le “notifiche” via fax e via pec
2. La notifica via pec e la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 16 septies, L. 9 aprile 2019, n. 75

### 1. Le “comunicazioni” e le “notifiche” via fax e via pec

L’art. 136 c.p.c. connota le «comunicazioni» come «forma abbreviata» di trasmissione di informazioni o documenti, originariamente affidata al biglietto di cancelleria in carta non bollata e poi oggetto di reiterate modifiche che hanno via via affiancato a tale modalità il fax e la posta elettronica, in particolare nella versione più formale della posta elettronica certificata[1].

La giurisprudenza ha precisato che la comunicazione «non contiene alcuna certificazione di conformità all’originale, ma ha il solo scopo di porre le parti in grado di prendere visione del provvedimento»[2] e ha pure confermato con concordia che la stessa conferisce certezza dell’avvenuta consegna anche quando fatta con mezzi equipollenti al biglietto di cancelleria[3].

Il telefax e la posta elettronica certificata sono entrati nel quotidiano procedimentale, sovente espressamente richiamati dalle norme dei regolamenti arbitrali, trasferen-

dovi la loro funzionalità, ma anche le problematiche loro connesse, quali quelle concernenti il valore probatorio della copia comunicata rispetto all’originale o della ricevuta, questioni di soluzione non così lineare come dimostra l’ampia elaborazione giurisprudenziale.

La Corte di cassazione annovera sovente la copia di un atto mediante il servizio di telefax fra le riproduzioni meccaniche di cui all’art. 2712, c.c. (la cui elencazione è considerata meramente esemplificativa e dunque suscettibile di applicazione in via analogica), con la conseguenza di riconoscere che anch’essa forma piena prova dei fatti o delle cose rappresentati, se colui contro il quale la riproduzione è prodotta non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesimi[4].

Con riferimento alla trasmissione via fax degli atti processuali, la conformità della copia all’originale depositato richiede l’attestazione della ricezione da parte dell’avvocato munito di procura, ai sensi dell’art. 1, comma 1,

[1] Tra i numerosi interventi legislativi su questa norma si ricordano, da ultimo, l. n. 148 del 2011, l. n. 183 del 2011, l. n. 221 del 2012. Sull’entrata nel processo dell’uso degli strumenti elettronici: G. Balena, Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge n. 80 del 2005. Uso del fax e degli strumenti elettronici, in *Foro it.*, 2005, V, c. 96

[2] Cass., 28 marzo 1997, n. 2810, in *De Jure*.

[3] Tra le molte: Cass., 29 aprile 2002, n. 6221; Cass. 16 giugno 2004, n. 11319; Cass. 20 ottobre 2005, n. 20279; Cass. 26 ottobre, n. 27250/2018 sulle comunicazioni effettuate via pec, possono leggersi integralmente tutte in *De Jure*.

[4] In questo senso: Cass. 24 novembre 2005, n. 24814, in *De Jure*; Cass. 13 febbraio 1989, n. 886, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3490; Cass., 14 giugno 2007, n. 13916, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1767. S. Patti, Sull’efficacia probatoria del telefax, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1990, II, p. 429; M. Rubino-Sammartano, Efficacia probatoria di telex e fax, in *Foro pad.*, 1990, I, p. 1; G. L. Barreca, Telex e telefax nel sistema delle prove documentali, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 907; M.E. La Torre, Contributo alla teoria giuridica del documento, Milano 2004, p. 232 ss. (sulle riproduzioni meccaniche di cui all’art. 2742 c.c.) e p. 241 s. (sulla trasmissione a mezzo telefax).

lett. a, l. n. 183 del 1993[5].

Le notifiche via pec hanno, da subito, originato una copiosa giurisprudenza in particolare volta a individuarne il momento perfezionativo, di cui si ritiene utile ricordarne le principali acquisizioni.

La ricevuta di avvenuta consegna (RAC) della notifica effettuata via pec rilasciata dal gestore di posta elettronica certificata del destinatario, è considerata documento idoneo a dimostrare, fino a prova contraria, che il messaggio informatico è pervenuto nella casella di posta elettronica del destinatario, senza tuttavia assurgere a quella certezza pubblica propria degli atti facenti fede fino a querela di falso[6]. L'accettazione della posta elettronica certificata da parte del sistema e la ricezione del messaggio di consegna a data e ora determinate è sufficiente a ritenere perfezionata la notifica anche con riferimento agli eventuali atti allegati[7].

Il principio della irrilevanza della nullità per raggiungimento dello scopo trova applicazione anche con riferimento alla notifica in via telematica, perlomeno quando l'irritualità consista nella errata indicazione dell'estensione del nome del file contenente l'atto notificato[8]; analogamente la giurisprudenza ha dato precedenza al dato funzionale rispetto a quello meramente formale, affermando la validità ed efficacia delle firme digitali tipo CADES e PAdES, benché abbiano estensione differente[9].

## 2. La notifica via pec e la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 16 septies, l. n. 221 del 2012 con sentenza del 9 aprile 2019, n. 75

Delicati problemi si sono posti per la notifica via pec ai sensi dell'art. 16 septies, l. n. 221 del 2012, nella parte in

cui non prevede l'applicazione dell'art. 147, c.p.c., alle notifiche telematiche, e stabilisce che la notificazione eseguita dopo le ore 21.00 si considera perfezionata alle ore 7.00 del giorno successivo, dunque senza applicazione del principio della scissione del momento perfezionativo della notifica per il mittente e per il destinatario.

La Corte di Cassazione anche recentemente è tornata sulla questione, ribadendo che la norma in questione «non prevede la scissione tra il momento di perfezionamento della notifica per il notificante e il tempo di perfezionamento della notifica per il destinatario, donde da tale principio non è informata la disciplina delle notificazioni a mezzo Pec ex art. 147 cod. proc. civ.»[10].

Si tratta di una posizione non univocamente accolta dalla giurisprudenza di merito, che ha, invece, ritenuto valevole il principio generale della scissione anche per questo tipo di notifiche le quali, ove effettuate dopo le ore 21.00, si sarebbero perfezionate per il mittente nel momento in cui è generata la RAC, mentre per il destinatario nel momento in cui è generata la RdAC (dunque dopo le 21.00 per il primo e alle 7.00 del mattino successivo per il secondo)[11].

Si ricordi che la scissione del momento della notifica per il notificante e per il notificato (anche effettuata con i mezzi tradizionali), ha posto delicati problemi circa l'individuazione del momento perfezionativo nel caso in cui il procedimento notificatorio non vada a buon fine per ragioni non riconducibili al notificante e sia necessaria la sua ripetizione. Sulla questione si sono ripetutamente pronunciate le Sezioni Unite, imponendo al notificante l'onere di ripetere tempestivamente la notifica al fine di salvarne gli effetti ex tunc[12].

[5] Cass., 28 giugno 2004, n. 11955, in De Jure; Cass., 7 maggio 2004, n. 8717, in Giust. civ., 2004, I, p. 1991; Cass., 23 dicembre 1999, n. 14509, in De Jure.

[6] Nel senso di cui al testo, Cass., 16 aprile 2018, n. 9368, in Dir. giust., 17 aprile, 2018, fasc. 69, p. 8, con nota di K. Mascia, Notifica telematica: la ricevuta di avvenuta consegna dimostra che il messaggio è pervenuto. Sull'efficacia probatoria del documento informatico e sulla differenza rispetto al messaggio informatico, si vedano i rilievi di A. Graziosi, Premesse a una teoria probatoria del documento informatico, in Riv. trim., 1998, p. 481; Id., La nuova efficacia probatoria del documento informatico, in Riv. trim., 2003, p. 53; Sulle problematiche poste da queste tecnologie e la loro integrazione con il codice di rito, le riflessioni di L.P. Comoglio, Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive, in Riv. trim., 2015, p. 953; E. Zucconi Galli Fonseca, in Arbitrato Carpi, o.c., sub art. 807, p. 152 ss.; Id. L'incontro tra informatica e processo, in Riv. trim., 2015, p. 1185.

[7] Così ha pronunciato la Corte di cassazione perlomeno con riferimento alle notifiche effettuate a mezzo pec al difensore nel processo penale: Cass. pen., 30 marzo 2018, n. 31273; conf. Cass. pen., 15 marzo 2018, n. 24937; Cass. pen., 15 dicembre 2016, n. 2431; 24 ottobre 2017, n. 56289, possono leggersi tutte integralmente in De Jure.

[8] Cass., 18 luglio 2018, n. 19078; conf. Cass., 5 giugno 2018, n. 14369 entrambe possono leggersi integralmente in De Jure.

[9] Cass., SU, 27 aprile 2018, n. 10266, con cui sono stati confermati i principi già enunciati da Cass., 22 dicembre 2017, n. 30765 e n. 30918 e, da ultimo, in linea con la pronuncia Cass., Sez.un., 26 luglio 2018, n. 19800, tutte integralmente pubblicate in De Jure.

[10] Cass., 12 novembre 2018, n. 28864, in De Jure; conf., Cass. 21 settembre 2017, n. 21915, in De Jure

[11] App. Firenze, 26 gennaio 2017, n. 189, in De Jure.

[12] Cass., Sez. un., 15 luglio 2016, n. 14594, la quale ha stabilito in materia di gravami che «salvo circostanze eccezionali, la rinnovazione della notificazione

Il problema, con riferimento alla notifica via pec e alla non applicabilità alla stessa della scissione del momento perfezionativo, è sfociato nella rimessione alla Corte costituzionale della questione per sospetta violazione degli artt. 3, 24 e 111[13].

Con sentenza del 9 aprile 2019, n. 75, la Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 16-septies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese), convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, inserito dall'art. 45-bis, comma 2, lettera b), del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni, nella legge 11 agosto 2014, n. 114, nella parte in cui prevede che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta».

La Consulta ha ritenuto che «Il divieto di notifica per via telematica oltre le ore 21 risulta, infatti, introdotto (attraverso il richiamo dell'art. 147 cod. proc. civ.), nella prima

parte del censurato art. 16-septies del d.l. n. 179 del 2012, allo scopo di tutelare il destinatario, per salvaguardarne, cioè, il diritto al riposo in una fascia oraria (dalle 21 alle 24) in cui egli sarebbe stato, altrimenti, costretto a continuare a controllare la propria casella di posta elettronica. Ciò appunto giustifica la *fiction iuris*, contenuta nella seconda parte della norma in esame, per cui il perfezionamento della notifica - effettuabile dal mittente fino alle ore 24 (senza che il sistema telematico possa rifiutarne l'accettazione e la consegna) - è differito, per il destinatario, alle ore 7 del giorno successivo. Ma non anche giustifica la corrispondente limitazione nel tempo degli effetti giuridici della notifica nei riguardi del mittente, al quale - senza che ciò sia funzionale alla tutela del diritto al riposo del destinatario e nonostante che il mezzo tecnologico lo consenta - viene invece impedito di utilizzare appieno il termine utile per approntare la propria difesa: termine che l'art. 155 cod. proc. civ. computa «a giorni» e che, nel caso di impugnazione, scade, appunto, allo spirare della mezzanotte dell'ultimo giorno (in questa prospettiva, Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 31 agosto 2015, n. 17313; sezione lavoro, ordinanza 30 agosto 2017, n. 20590).»

---

dell'impugnazione deve essere richiesta entro un numero di giorni pari alla metà del termine breve di gravame a partire dalla restituzione del plico relativo al primo tentativo di notificazione (...).», in *Giur.it.*, 2017, p. 860; conf. Cass., 28 novembre 2017, n. 28388; cfr. Cass., Sez. un., 24 luglio 2009, n. 17352, in *Giur. it.*, 2010, p. 1130, la quale afferma lo stesso principio ritenendo “tempestiva” la ripresa del procedimento notificatorio se avvenuta entro un termine «ragionevolmente contenuto», con la conseguenza che la «notificazione avrà effetto dalla data iniziale di attivazione del procedimento».

[13] App. Milano, 16 ottobre 2017, in *De Jure*, la quale ha proposto un'articolata questione, sfociata nella seguente rimessione: «È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nella l. 221/2012, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui prevede che la disposizione dell'articolo 147 del codice di procedura civile si applichi anche alle notificazioni eseguite con modalità telematiche e che la notificazione eseguita dopo le ore 21 si considera perfezionata alle ore 7 del giorno successivo.»

# Le Pagine de L' AULA CIVILE

Visita l'Aula Civile on line: [www.aulacivile.it](http://www.aulacivile.it)

## DIREZIONE SCIENTIFICA

### **Michele Angelo Lupoi**

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

## GLI AUTORI DI QUESTO NUMERO

### **Giacomo Pailli**

Assegnista e dottore di ricerca nell'Università di Firenze, ha conseguito un Master of Laws (LL.M.) alla New York University ed è avvocato ammesso in Italia e nello Stato di New York. Si interessa di tematiche di diritto processuale comparato, diritto processuale europeo ed international litigation. Su questi temi ha pubblicato ed è stato relatore in Italia e all'estero.

### **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. Ambito di ricerca e studio processo civile ordinario, processi cautelari e sommari, esecuzione forzata, diritto fallimentare.

### **Dario Bonetti**

Dottore in Giurisprudenza laureato con Lode, Avvocato del Foro di Ravenna

### **Mirco Minardi**

Avvocato cassazionista del foro di Ancona. Oltre dieci anni fa ho aperto un blog, [www.lexform.it](http://www.lexform.it), in cui mi sono prevalentemente occupato di procedura civile, cioè degli aspetti pratici legati al processo. In una prima fase ho approfondito alcuni aspetti del giudizio di primo grado e del giudizio di appello, riversando i risultati delle mie ricerche in alcuni libri pubblicati anche dalla Giuffrè (*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 mio interesse scientifico è rivolto esclusivamente al giudizio di cassazione.

### **Concetta Marino**

È professore associato di Diritto processuale civile e inse-

gna Diritto dell'esecuzione civile nell'Università di Catania ove è anche docente nella Scuola di specializzazione per le professioni legale. È componente del Comitato scientifico del Centro di ricerca sulla giustizia dei minori e della famiglia dell'Università di Catania e del Comitato di coordinamento scientifico che, in convenzione con l'Ateneo catanese, si occupa dell'organizzazione dei Corsi di alta formazione per i gestori della crisi da sovraindebitamento. È autrice della monografia *"La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale"* (Giuffrè editore, 2005) e di ulteriori contributi sulla medesima materia, nonché in materie afferenti al diritto processuale della famiglia e al diritto dell'esecuzione civile, settori di suo particolare interesse.

### **Martina Mazzei**

Laureata in giurisprudenza con 110 e lode presso l'Università degli studi di Roma Tre con una tesi in Diritto Processuale civile dal titolo "Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale" risultata vincitrice di un premio di laurea e attualmente pubblicata con la casa editrice Maggioli editore.

Ha svolto la pratica forense a Roma e il tirocinio ex art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma.

Collabora con diverse riviste giuridiche occupandosi prevalentemente di Diritto civile e Diritto processuale civile.

### **Maria Rosaria Manselli**

Avvocato civilista titolare del proprio studio in Napoli Piazza Amedeo n. 8 ( recapiti telefonici 0812470163 – 0812461382) svolge la sua attività nei settori del contenzioso civile con particolare riferimento alla materia successoria, condominiale e dei diritti reali, diritto bancario con approfondimento specifico delle tematiche afferenti al processo esecutivo.

### **Roberto Alemanno**

Si laurea con votazione di 110/110 *cum Laude* presso Università degli studi di Milano Bicocca con una tesi dal titolo "La revocatoria incidentale in sede di accertamento del passivo fallimentare" (Rel. Prof.ssa Avv. Elena Marinucci). È Cultore della materia in Diritto Processuale Civile e Diritto Fallimentare

È Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche (Diritto Processuale Civile) nell'Università degli Studi di Milano Bicocca.

È autore di varie pubblicazioni scientifiche concernenti in materia processuale e fallimentare.

Collabora con lo Studio Legale Notaro e Associati, ove si occupa prevalentemente del settore civile (contenzioso) e fallimentare.

### **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 acquisito un Master Universitario di 1° 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".

### **Caterina Silvestri**

È professore associato alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze, settore scientifico-disciplinare Diritto processuale civile, dove insegna Sistemi processuali e tutela dei diritti, Teoria generale del processo e Diritto processuale civile europeo. È avvocato civilista dal 1993.

## 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.