

ISSN 2612-8047

*Le Pagine de*

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

**6 2020**

giugno

**IN QUESTO NUMERO:**

**TRATTAZIONE SCRITTA DELLA CAUSA NELLE NORME COVID-19**

**ESECUZIONE PER CONSEGNA DI BENI MOBILI**

**NOTIFICAZIONE TELEMATICA E COMUNICAZIONE INDIRIZZO PEC**

**CLAUSOLA ARBITRALE NELLE CONTROVERSIE SOCIETARIE**

**DEONTOLOGIA FORENSE E NUOVE TECNOLOGIE**

**PROCEDURE CONCORSUALI E DOVERE DI DISSUAZIONE**

  
**MAGGIOLI  
EDITORE**

*Le Pagine de*

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

**6 2020**

giugno



**IN QUESTO NUMERO:**

**TRATTAZIONE SCRITTA DELLA CAUSA NELLE NORME COVID-19**

**ESECUZIONE PER CONSEGNA DI BENI MOBILI**

**NOTIFICAZIONE TELEMATICA E COMUNICAZIONE INDIRIZZO PEC**

**CLAUSOLA ARBITRALE NELLE CONTROVERSIE SOCIETARIE**

**DEONTOLOGIA FORENSE E NUOVE TECNOLOGIE**

**PROCEDURE CONCURSUALI E DOVERE DI DISSUAZIONE**

**MAGGIOLI  
EDITORE**

## Comitato Scientifico

### DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

### COMITATO DI DIREZIONE:

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

### COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto  
Ansanelli Vincenzo

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

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

ISSN 2612-8047

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

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

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

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

## UDIENZE DI DISCUSSIONE ORALE E INAPPLICABILITÀ DELLA TRATTAZIONE SCRITTA

- 4** Sulla impossibilità di adottare la c.d. trattazione scritta di cui all'art. 83, comma 7, lett. h), D.L. 18/2020 per lo svolgimento delle udienze di discussione orale della causa  
di Marco Farina

## RIFLESSIONI SUL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI

- 10** Riflessioni sul rapporto tra corti nazionali e collegi arbitrali in materia di diritto internazionale degli investimenti: tra collaborazione e conflittualità, a che punto siamo?  
di Giovanni Viglino

## DIRITTO ALL'ANONIMATO DELLA MADRE E DIRITTO ALLA CONOSCENZA DELLE ORIGINI BIOLOGICHE DELL'ADOTTATO

- 20** Il procedimento di "interpello" della madre biologica, che abbia dichiarato di non voler essere nominata al momento del parto, ai fini dell'eventuale revoca dell'originaria dichiarazione, e la progressiva espansione del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini biologiche ad opera della recente giurisprudenza  
di Ilaria Lombardini

## ESECUZIONE PER CONSEGNA DI BENI MOBILI

- 33** L'esecuzione per consegna di beni mobili e l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 33723 del 18.12.2019  
di Elisa Giardini

## NOTIFICAZIONE TELEMATICA E OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DELL'INDIRIZZO PEC

- 39** Obbligo di comunicazione dell'indirizzo PEC ai fini della notificazione telematica  
di Alessio Antonelli

## CLAUSOLA ARBITRALE NELLE CONTROVERSIE SOCIETARIE

- 43** Il perimetro oggettivo della clausola arbitrale nelle controversie societarie  
di Ermelinda Hepaj

## I CONFINI DELLA GIURISDIZIONE ITALIANA NELL'ESPROPRIAZIONE DEI CREDITI

- 48** I confini della giurisdizione esecutiva italiana nell'espropriazione di crediti alla luce della legge n. 218 del 1995  
di Matteo Magnani

## DEONTOLOGIA FORENSE, PROCESSO CIVILE E NUOVE TECNOLOGIE

- 57** Appunti su deontologia forense, processo civile e nuove tecnologie  
di Massimiliano Bina

## PROCEDURE CONCORSUALI E DOVERE DI DISSUAZIONE

- 61** Doveri di dissuasione nelle procedure concorsuali: tra rischio di automatismi ed improprie garanzie (Nota a Tribunale di Monza, decreto 10 marzo 2020)  
di Emanuele Caimi

## UDIENZE DI DISCUSSIONE ORALE E INAPPLICABILITÀ DELLA TRATTAZIONE SCRITTA

# Sulla impossibilità di adottare la c.d. trattazione scritta di cui all'art. 83, comma 7, lett. h), D.L. 18/2020 per lo svolgimento delle udienze di discussione orale della causa

di Marco Farina

DEL 1 GIUGNO 2020

### Sommario

1. Premessa
2. L'incompatibilità della c.d. trattazione scritta con le udienze di discussione orale della causa. un primo argomento testuale
3. Ancora sull'incompatibilità della c.d. trattazione scritta con le udienze di discussione orale della causa. ulteriori argomenti di sistema

### 1. Premessa

Come noto, ai sensi dell'[art. 83, comma 6, del D.L. 18/2020](#)<sup>[1]</sup> ed al fine di contrastare l'emergenza epidemio-logica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, i capi degli uffici giudiziari, anche di intesa con il locale Consiglio dell'ordine degli avvocati, sono tenuti ad adottare, per il periodo che va dall'11 maggio<sup>[2]</sup> al 31 luglio 2020<sup>[3]</sup>, misure orga-

nizzative relative alla trattazione degli affari giudiziari che consentano di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone. A dispetto della formulazione generale della disposizione, si tratta di misure organizzative tipiche in quanto il loro catalogo è contenuto nell'immediatamente successivo [comma 7 del medesimo articolo 83 D.L. 18/2020](#) le cui previsioni esauriscono, a nostro avviso, i provvedimenti

[1] Sulle disposizioni contenute nell'[art. 83 del D.L. 18/2020](#), convertito in legge, con modificazioni, dalla [L. 24 aprile 2020, n. 27](#) si vedano, tra gli altri, F. Ferrari - A. Sponzilli, *Note a prima lettura delle disposizioni in materia di giustizia civile contenute nei decreti adottati per contrastare l'emergenza Covid-19*, in questa *Rivista*, 2020. Se vuoi, v. anche A. Panzarola - M. Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Giustizia civile.com*.

[2] L'iniziale termine del 15 aprile 2020 previsto dai commi 1 e 2 del D.L. 18/2020 è stato prorogato all'11 maggio 2020 dall'[articolo 36 del D.L. 23/2020](#) non ancora convertito in legge. Il fatto che la [L. 27/2020](#) di conversione del [D.L. 18/2020](#) non abbia apportato una espressa modifica ai primi due commi dell'art. 83 al fine di coordinare l'originario testo con il nuovo termine finale (della sospensione dei termini e della c.d. prima fase) prorogato all'11 maggio 2020 non rileva, a nostro avviso, per poter ritenere che vi sia stata così abrogazione implicita, in dipendenza dell'operare del criterio della successione delle leggi nel tempo, della previsione che ha prorogato all'11 maggio il termine iniziale del 15 aprile. Proprio perché l'[art. 36 del D.L. 18/2020](#) non ha modificato i primi due commi dell'[art. 83](#) ma ha, diversamente, disposto una proroga del termine del 15 aprile all'11 maggio 2020 non si può sostenere che vi sia una incompatibilità o una antinomia tra le due previsioni (quella del [primo comma dell'art. 36 del D.L. 23/2020](#) e quella della [L. 27/2020](#) che ha convertito in legge, in tale parte, puramente e semplicemente l'originario testo dei primi due commi che prevedevano il termine del 15 aprile 2020) che necessiti di essere risolta mediante il ricorso al criterio temporale. Al contrario, ci sembra che il mantenimento della originaria formulazione dei primi due commi dell'[art. 83](#) si concili benissimo e sia ancora perfettamente compatibile con la proroga (e non, invece, modifica) disposta dall'[art. 36 del D.L. 23/2020](#) ancora in vigore (beninteso, un problema si porrà nella remota ipotesi in cui non venga convertito in legge il [D.L. 23/2020](#)).

[3] L'iniziale termine del 30 giugno 2020 è stato modificato per effetto dell'[art. 3, lettera i\), del D.L. 28/2020](#) con cui si è disposto che «*ovunque ricorrano nell'articolo [83 del D.L. 18/2020], le parole «30 giugno 2020» sono sostituite dalle seguenti: «31 luglio 2020»*».

che i capi degli uffici giudiziari devono adottare per il raggiungimento delle finalità di cui al [comma 6 dell'art. 83 del D.L. 18/2020](#).

Tra le misure previste dal [comma 7 dell'art. 83 D.L. 18/2020](#) rientrano, come noto, quelle di cui alle lett. f) e h) che riguardano lo svolgimento delle udienze.

In particolare, ai sensi dell'[art. 83, comma 7, lett. f\)](#), i capi degli uffici giudiziari possono prevedere che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, si svolgano mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia<sup>[4]</sup>. Nella prassi, come noto, è oramai invalso l'uso di riferirsi a tale modalità di svolgimento della udienza quale "udienza da remoto"<sup>[5]</sup>.

Adottandosi questa modalità, dunque, il luogo dell'incontro e dell'ascolto reciproco tra parti e giudice non è più l'aula di udienza dei vari uffici giudiziari ma un'aula virtuale la cui "costruzione" è garantita dall'utilizzo di strumenti telematici, venendo però così conservata e mantenuta la possibilità di un'attività dialettica e di un contatto tra le parti ed il giudice che costituiscono la manifestazione formale e sostanziale più evidente del principio del contraddittorio.

Ai sensi della lett. h) del [comma 7 dell'art. 83 del D.L. 18/2020](#), invece, si prevede che lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti possa avvenire «mediante lo scambio e il deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori

udienza del provvedimento del giudice».

In tale ipotesi, come evidente, lo svolgimento della udienza è una vera e propria *fictio* perché adottandosi tale misura non vi è alcuna occasione di incontro e confronto tra parti e giudice ma si prevede, diversamente, che la data rispetto alla quale risultava originariamente fissata l'udienza costituisca, ora, il referente temporale per l'emissione da parte del giudice del provvedimento che le parti gli hanno sollecitato con le istanze e le conclusioni formulate nelle note scritte depositate in precedenza<sup>[6]</sup>.

A prima vista, avendo il legislatore previsto il modulo della c.d. trattazione scritta ([art. 83, comma 7, lett. h\)](#) come alternativa allo svolgimento dell'udienza mediante collegamenti da remoto ([art. 83, comma 7, lett. f\)](#), allorché si tratti di udienza per la quale sia prevista la partecipazione dei soli difensori delle parti, prescrivere che essa si svolga da remoto oppure mediante il modulo della trattazione scritta dovrebbe dirsi oggetto di una scelta insindacabile del singolo giudice (beninteso nel rispetto delle linee guida adottate dai Presidenti dei singoli tribunali e, talvolta dai Presidenti delle singole sezioni dei vari Tribunali).

A nostro avviso, tale ultima conclusione non merita di essere condivisa in quanto, al contrario, sono senz'altro ravvisabili ulteriori situazioni - diverse, cioè, dall'unica testualmente prevista dalla legge (ossia il fatto che all'udienza debbano partecipare soggetti diversi dai difensori delle parti) - in cui la trattazione scritta deve dirsi vietata o comunque non consentita, con la conseguenza per cui la sua adozione provocherà una nullità processuale deducibile in conformità a quanto previsto dagli artt. [156](#) e ss. c.p.c.<sup>[7]</sup>

[4] Il 10 marzo 2020 il Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia ha emanato un provvedimento con il quale, all'art. 2, ha individuato in "Skype for Business" e "Teams" i programmi che potranno essere utilizzati per il collegamento da remoto organizzati dal giudice. L'[articolo 3, comma 1, lett. c\)](#), del [D.L. 28/2020](#) ha modificato l'[art. 83, comma 7, lett. f\)](#), prescrivendo che le udienze da remoto possano svolgersi solo «con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario».

[5] Su cui v. F. Valerini, In *difesa dell'udienza da remoto*, in *Judicium on line*.

[6] In quasi tutti i provvedimenti adottati ai sensi dei commi [6](#) e [7](#) dell'art. [83](#) D.L. 18/2020 da parte dei capi degli uffici giudiziari si è previsto che, in caso di adozione della c.d. trattazione scritta, il mancato deposito delle note da entrambe le parti equivale a diserzione della udienza rilevante ai sensi dell'[art. 309 c.p.c.](#). A nostro avviso si tratta di scelta non criticabile e conforme alla lettera della legge. Se è vero, infatti, che adottandosi il modello della c.d. trattazione scritta l'udienza, in realtà, non si svolge - e dunque sembrerebbe impossibile qualificare il comportamento delle parti alla stregua di una mancata presenza ad un qualcosa che non esiste - è anche altrettanto vero, però, che l'[art. 83, comma 7, lett. h\)](#), del [D.L. 18/2020](#) prevede, testualmente, che l'udienza si svolga mediante lo scambio ed il deposito di note scritte. Dunque, seppure mediante quella che costituisce (come già notato nel testo) una vera e propria *fictio*, vi è equivalenza normativa tra mancato deposito delle note e mancata partecipazione alla udienza. Per l'[art. 83](#) il deposito di note scritte equivale a svolgimento della udienza, quindi se non si depositano le note scritte non si compie l'attività considerata sostitutiva della udienza e, di conseguenza, è come se non si fosse partecipato ad essa con possibilità di fare applicazione dell'[art. 309 c.p.c.](#)

[7] Esula dal contenuto di questo contributo il prendere posizione intorno al se una violazione quale quella prospettata nel testo abbia, o meno, possibilità di essere considerata rilevante in sede di impugnazione al lume del noto (quanto, sotto alcun profili, certamente criticabile) principio di derivazione giurisprudenziale in dipendenza del quale le nullità formali non sono fondatamente ed utilmente deducibili in sede di impugnazione in mancanza di adeguata allegazione e dimostra-

## 2. L'incompatibilità della c.d. trattazione scritta con le udienze di discussione orale della causa. un primo argomento testuale

Quando il legislatore ha previsto il modulo della c.d. trattazione scritta ([art. 83, comma 7, lett. h](#)) come alternativa allo svolgimento dell'udienza mediante collegamenti da remoto ([art. 83, comma 7, lett. f](#)) non voleva (e non poteva) certo così attribuire e riconoscere al singolo magistrato un insindacabile e discrezionale potere di scelta da esercitarsi senza tener conto del tipo di udienza e di attività che in essa deve svolgersi; esattamente al contrario, proprio quell'alternativa serve ad assicurare che nei casi in cui il modulo a trattazione scritta non sia utilizzabile in ragione del tipo di attività che dovrebbe svolgersi in udienza, allora potrà evitarsi il rinvio dell'udienza ad una data successiva al 31 luglio 2020<sup>[8]</sup> garantendo la partecipazione dei difensori delle parti con un collegamento da remoto.

Al fondo della alternativa prefigurata dall'[art. 83, comma 7, lett. f e h](#), [D.L. 18/2020](#), insomma, vi è (deve esserci) una ulteriore distinzione tra casi in cui il modulo c.d. a trattazione scritta può essere adottato in ragione dell'attività che deve svolgersi nell'udienza (ed allora vi sarà perfetta alternativa rispetto alla udienza c.d. da remoto nelle ipotesi in cui non sia prevista la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti) e casi in cui, invece e sempre in ragione dell'attività che deve svolgersi nell'udienza, un tale modulo non può, per definizione, essere adottato dovendosi in tal caso prediligere la modalità di svolgimento dell'udienza da remoto, ovvero il rinvio a data successiva al 31 luglio 2020.

Ciò accade, in particolare, nei casi in cui l'udienza risulti fissata per la discussione orale e per la decisione della causa ai sensi degli articoli [275](#), secondo comma, [281-quinquies](#), [281-sexies](#) e [429](#) c.p.c.<sup>[9]</sup>.

In questi casi l'udienza non può "svolgersi" nelle forme della trattazione scritta di cui all'[art. 83, comma 7, lett. h](#), del [D.L. 18/2020](#).

Vi è, innanzi tutto, un dato testuale che conforta tale conclusione, quantomeno con riferimento ai casi di cui all'[art. 281-sexies](#), [429](#) e [437](#) c.p.c.: l'[art. 83, comma 7, lett. h](#), prevede che l'udienza si "svolga" mediante (meglio, che le attività che le parti avrebbero dovuto svolgere in udienza vengano sostituite con) il deposito di note scritte e con la «successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice». Le note scritte, in sostanza, prendono dunque il posto della (e sostituiscono la) verbalizzazione di udienza mentre ciò che segue - ossia il provvedimento fuori udienza del giudice - corrisponde a quanto d'ordinario accade in tutti i casi in cui al giudice è consentito l'utilizzo della c.d. riserva di decisione.

Nei casi che abbiamo poc'anzi citato, invece e come noto, l'udienza (di discussione) deve concludersi con la lettura della sentenza (o, nel caso di cui al secondo periodo del [primo comma dell'art. 429 c.p.c.](#) o in quello di cui all'[art. 437 c.p.c.](#), del solo dispositivo) alla presenza dei difensori delle parti, non potendosi il giudice riservare di provvedere fuori udienza.

Fermi i successivi rilievi, già questo primo elemento testuale pare decisivo per escludere che la trattazione scritta possa essere validamente utilizzata nei casi di udienza di discussione ai sensi dell'[art. 281-sexies](#) e [429](#) c.p.c.<sup>[10]</sup>.

zione del pregiudizio concreto effettivamente subito. Ci si può, qui, limitare ad osservare come risulterebbe, francamente, intollerabile l'applicazione di un tale orientamento nella ipotesi presa in considerazione del testo laddove, come si vedrà, la radicale eliminazione o significativa attenuazione delle garanzie difensive assicurate da tuttora vigenti norme del codice di rito verrebbero a perpetrarsi in danno delle parti per effetto di scelte organizzative dei capi degli uffici giudiziari chiaramente inidonee, come tali, a derogare o, comunque, a far sì che vengano *tout court* disapplicate regole contenute nel codice di procedura civile.

<sup>[8]</sup> Vale la pena di precisare, peraltro, che per le udienze che si terranno, sia in ragione di un rinvio disposto ai sensi della lett. g) del [comma 7 dell'art. 83 D.L. 18/2020](#) ovvero perché già così fissate, dopo il 31 luglio 2020 non è possibile, allo stato (e salvo successive modifiche), prevedere un loro svolgimento con una delle modalità di cui alle lettere f) e h) del [comma 7 dell'art. 83](#).

<sup>[9]</sup> Norma che, come noto, è applicabile non solo alle controversie di lavoro di cui all'[art. 409 c.p.c.](#), ma anche alle controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e di affitto di azienda ai sensi dell'[art. 447-bis c.p.c.](#) Quanto si dice nel testo vale anche per l'udienza di discussione in grado di appello ai sensi dell'[art. 437 c.p.c.](#)

<sup>[10]</sup> Si dirà: nella prassi tutti sanno che, quantomeno nel rito ordinario ed in caso di applicazione dell'[art. 281-sexies c.p.c.](#), nella stragrande maggioranza dei casi la lettura della sentenza avviene, come si usa dire, alla fine della intera giornata di udienza e, dunque, allorché le parti si sono già allontanate dall'aula. Si tratterebbe, insomma, di incombente il cui mancato rispetto è stato, nella prassi appunto, sostanzialmente legittimato ed accettato, di modo che da quanto detto nel testo non potrebbero trarsi elementi decisivi per sostenere l'incompatibilità. Già ora, infatti, il provvedimento è emesso sostanzialmente fuori udienza, senza la presenza delle parti. Una tale replica di stampo, diremmo, efficientistico e sostanzialistico - seppur suggestiva - non meriterebbe, tuttavia, di essere condivisa. La patologia del sistema non può essere considerata alla stregua di un argomento idoneo a sorreggere, ovvero confutare, la bontà di una tesi interpretativa, fin tanto che il legislatore mantenga inalterata la regola che dovrebbe essere applicata ma nei fatti non è o è malamente osservata. Dire che, nella prassi, la lettura in udienza

### 3. Ancora sull'incompatibilità della c.d. trattazione scritta con le udienze di discussione orale della causa. ulteriori argomenti di sistema

Al di là di questi (pur decisivi) rilievi vi sono anche altri elementi che contribuiscono a giustificare la conclusione circa la incompatibilità tra trattazione scritta *ex art. 83, comma 7, lett. h), D.L. 18/2020* e udienza di discussione ai sensi degli articoli *275, secondo comma, 281-quinquies, 281-sexies, 429 e 437 c.p.c.*

La trattazione scritta, infatti, è compatibile con (e può, dunque, sostituire solo) quelle udienze al cui esito il giudice può riservarsi di decidere sulle istanze e sulle conclusioni che le parti hanno riversato nel verbale di udienza.

In buona sostanza, le note scritte di cui vi è menzione nell'*art. 83, comma 7, lett. h), del D.L. 18/2020* sostituiscono (non possono che sostituire) la verbalizzazione della udienza e, dunque, questa modalità non può essere utilizzata quando la verbalizzazione non può limitarsi alla formulazione di (specifiche) istanze o richieste in relazione alle quali il giudice può riservarsi la pronuncia di un provvedimento fuori udienza ma deve, al contrario e come accade nel caso di udienza di discussione, limitarsi a dar atto che le parti ... discutono oralmente la causa.

Così come la verbalizzazione della udienza non può, per definizione, surrogare la discussione orale della causa, allo stesso modo il deposito delle note scritte di cui alla lett. h) del *comma 7 dell'art. 83 D.L. 18/2020* non può, anche qui per definizione, sostituire la discussione orale.

Occorre, a questo punto, fare chiarezza. Allorché si dice che il modulo della c.d. trattazione scritta è incompatibile con (e non può sostituire la) udienza di discussione orale della causa non si vuole dire che, in generale, la discussione orale è un modulo decisorio della causa maggiormente garantistico e più efficace rispetto a quello che prevede la decisione «a seguito di trattazione scritta»<sup>[11]</sup>. È assolutamente chiaro ed evidente a tutti, infatti, che, per varie ragioni, un modello non è superiore all'altro e ben si potrebbe, pertanto, prevedere - senza recare attentato ad al-

cun generale principio regolatore o fondamentale del processo civile - che la causa, in primo grado come nei successivi gradi di impugnazione, sia decisa sempre e comunque all'esito di un (completo) contraddittorio scritto, senza necessità o possibilità di un contraddittorio orale che preceda la pronuncia della sentenza<sup>[12]</sup>.

Non è di questo, però, che si sta parlando. Si sta, invece, mettendo in dubbio la possibilità - già da un punto di vista concettuale, diremmo - di immaginare che l'attività di discussione orale della causa, ove prevista dalle norme vigenti del codice di rito, possa essere surrogata da e rinserta in «note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni». Non si tratta, cioè, di mettere a confronto la tradizionale modalità decisoria della causa (ossia, quella che l'*281-quinquies* individua, appunto, come «trattazione scritta» e che si svolge mediante il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, con successiva pronuncia della sentenza mediante suo deposito in cancelleria nei 30 giorni successivi alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica) con una modalità di decisione della causa che preveda la discussione orale. Diversamente, ciò che bisogna mettere a confronto è un modulo decisorio della causa che il codice prevede debba avvenire mediante la discussione orale della causa (se del caso preceduta dal deposito di memorie difensive, *v. infra*) con un modulo decisorio della causa che, per effetto dell'applicazione dell'*art. 83, comma 7, lett. h), del d.l. 18/2020*, escluda *tout court* la discussione orale e preveda il deposito, si badi, non di comparse conclusionali e memorie di replica bensì di note scritte limitate a specifiche istanze e alle conclusioni.

Adottando il modulo della trattazione scritta di cui all'*art. 83, comma 7, lett. h), del d.l. 18/2020* anche per lo «svolgimento» delle udienze di discussione viene così ad annichilirsi del tutto l'esercizio del diritto di difesa delle parti in sede decisoria così come delineato dalle norme del codice di rito. Il paragone che deve istituirsi, dunque, non è tra una causa decisa all'esito dello scambio di com-

---

alla presenza delle parti della sentenza è un incombente cui si è già rinunciato da tempo e che, dunque, la concentrazione dell'attività processuale che le norme indicate impongono era un valore recessivo già prima dell'emergenza può, semmai, servire come argomento per sollecitare una eventuale revisione delle norme e non può, al contrario, fungere da argomento per contrastare la legittimità di una tesi che, a codice di rito invariato, non può che prendere atto della certa e sicura incompatibilità tra la norma che impone al giudice di pronunciare in udienza il provvedimento dandone lettura alle parti presenti e la norma che consente di sostituire l'attività di udienza con il deposito di note scritte cui fa seguito, per forza di cose, la pronuncia di un provvedimento fuori udienza.

[11] Così la rubrica dell'*art. 281-quinquies c.p.c.* definisce la fase decisoria ordinaria dinanzi al tribunale in composizione monocratica per contrapporla all'ipotesi in cui la decisione sia preceduta dalla discussione orale della causa e non dal deposito delle comparse conclusionali e dalle memorie di replica.

[12] L'esperienza delle modifiche apportate nel 2016 al giudizio di cassazione è, a tal proposito, decisiva. In quel caso si è deciso di eliminare - quasi del tutto - la discussione orale prevedendo un modulo decisorio in camera di consiglio applicabile a quasi tutti i ricorsi che non prevede più la presenza degli avvocati, limitando così allo scritto il contraddittorio (ricorso, controricorso e memorie).



parse conclusionali e repliche e causa decisa all'esito della discussione orale. Al contrario, il paragone - che rende bene l'idea della non praticabilità del modulo a trattazione scritta con le udienze di discussione - è tra cause in cui la legge assicurava e garantiva alle parti di esercitare il loro diritto di difesa in sede decisoria discutendo oralmente la causa e cause in cui, per effetto dell'adozione del modulo c.d. a trattazione scritta, le parti non hanno più né la possibilità di discutere oralmente la causa, né di articolare compiute difese finali illustrative e riepilogative delle domande ed eccezioni proposte.

È insomma a nostro avviso chiaro che, rispetto ad una udienza di discussione ai sensi degli articoli [275](#), [secondo comma, 281-quinquies](#), [281-sexies](#)[13] e [429](#) c.p.c., adottare un modello di svolgimento dell'udienza c.d. a trattazione scritta non ha l'effetto di far ugualmente svolgere l'udienza ancorché in modo diverso da quello ordinariamente previsto (assicurando alle parti le medesime garanzie assicurate dal rito vigente) ma, al contrario, ha l'effetto di eliminare radicalmente tanto l'udienza stessa (o meglio, le attività che in essa devono svolgersi), quanto la possibilità per le parti di depositare i propri scritti difensivi conclusivi. E ciò non può essere consentito neppure in questo straordinario periodo di emergenza, soprattutto perché - come visto - è la legge a prevedere che la trattazione scritta non sia l'unico modulo possibile per svolgere una udienza nel rispetto delle misure di contenimento della diffusione del virus Codiv-19 prevedendosi, a tal fine, la possibilità di svolgimento della udienza c.d. da remoto, ossia con modalità che assicurino l'esercizio del diritto di difesa così come delineato e garantito dalle (tuttora vigenti, vale la pena di osservare) norme del codice di rito.

Né, del resto, la conclusione potrebbe mutare qualora - diversamente da quanto previsto dall'[art. 83, comma 7, lett. h\), del D.L. 18/2020](#) - le «note scritte limitate alle sole istanze e conclusioni» fossero sostituite, per effetto di un provvedimento del singolo magistrato, dal deposito di (vere e proprie) note difensive corredate pure di un ade-

guato apparato argomentativo ed illustrativo.

Al di là del fatto che questo adattamento della trattazione scritta prevista dall'[art. 83, comma 7, lett. h\), del D.L. 18/2020](#) dimostra che, così come è stata espressamente delineata dal legislatore, tale modalità di svolgimento della udienza non è compatibile con le udienze di discussione orale della causa (necessitando, appunto, di una non lieve modifica, peraltro ininfluente ai fini che ci interessano), pure in tale modo il diritto di difesa delle parti verrebbe comunque conculcato mediante una evidente deroga o, meglio, disapplicazione - non consentite neppure in questo periodo - di norme del codice di rito tutt'ora pienamente in vigore.

Anche, cioè, a voler ammettere che il disposto dell'[art. 83, comma 7, lett. h\), del D.L. 18/2020](#) consenta che, in luogo di quelle note scritte limitate «alle sole istanze e conclusioni», sia disposto lo scambio ed il deposito telematico di (vere e proprie) note difensive (con il che, però, si introduce un ulteriore ed ibrido modello di svolgimento della udienza non previsto dalla legge), si deve rilevare che ciò non potrebbe comunque ritenersi sufficiente a garantire un compiuto esercizio del diritto di difesa.

Come noto, ai sensi dell'[art. 429 c.p.c.](#), «se il giudice lo ritiene necessario, su richiesta delle parti, concede alle stesse un termine non superiore a dieci giorni per il deposito di note difensive, rinviando la causa all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine suddetto per la discussione e la pronuncia della sentenza». Ugualmente, ai sensi dell'[art. 281-quinquies, secondo comma, c.p.c.](#) «se una delle parti lo richiede, il giudice, disposto lo scambio delle sole comparse conclusionali a norma dell'articolo 190, fissa l'udienza di discussione orale non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle comparse medesime».

Secondo il vigente codice di rito, dunque, le parti hanno diritto sia ad un contraddittorio scritto da esercitarsi mediante il deposito di note difensive scritte, sia ad un contraddittorio orale da esercitarsi mediante la discussione in udienza[14].

[13] Con specifico riferimento alla ipotesi di udienza di discussione di cui all'[art. 281-sexies c.p.c.](#) deve rilevarsi questo. Ai sensi di tale norma la discussione orale della causa non è oggetto di una richiesta delle parti ma è l'effetto di una decisione del giudice. Ne consegue che, fissata l'udienza per la discussione ai sensi dell'[art. 281-sexies c.p.c.](#), il giudice potrebbe benissimo modificare il precedente provvedimento e disporre che la fase decisoria avvenga nelle forme tradizionali della trattazione scritta di cui al primo comma dell'[281-quinquies](#), con concessione del termine per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica. Nel contesto attuale, dunque, la scelta del giudice di tenere ugualmente e confermare l'udienza ai sensi dell'[art. 281-sexies](#) disponendo che la stessa si svolga mediante scambio e deposito telematico di note scritte apparirebbe doppiamente ingiustificata.

[14] Anche qui vale quanto rilevato alla precedente nota 10. Anche se, nella prassi, in questi casi i difensori delle parti, all'udienza di discussione, si limitano, il più delle volte, a riportarsi a quanto già in precedenza scritto, ciò non giustifica una "istituzionale" mancata applicazione della regola per effetto di un provvedimento del singolo magistrato o del singolo tribunale. Fin tanto, insomma, che il legislatore non avrà abrogato le norme che prevedono la discussione orale della causa, si

Il disporre che l'udienza di discussione si svolga secondo le modalità previste dall'[art. 83, lett. h\), del D.L. 18/2020](#), assegnando termine alle parti per il deposito di (vere e proprie) note difensive comporterebbe ugualmente, se non una totale rimozione, una significativa ed ingiustificata riduzione delle garanzie processuali che la legge vigente assicura alle parti in funzione del compiuto esercizio del contraddittorio (cardine del giusto processo).

Del resto, una ulteriore ragione che rende inutilizzabile il modulo c.d. a trattazione scritta rispetto ad una udienza di discussione orale sta nel fatto che, limitando l'attività difensiva delle parti al solo deposito di note difensive scritte ed obliterando *tout court* lo svolgimento della successiva udienza, si impedirebbe comunque alle parti di poter esercitare il diritto di replica

Ed a tal proposito deve anche osservarsi che il modulo decisorio del rito del lavoro (ma anche quello di cui all'[art. 281-quinquies, secondo comma, c.p.c.](#)) prevede che le parti abbiano diritto ad un termine unico per il deposito delle difese conclusive (e non invece un doppio termi-

ne come previsto dall'[art. 190 c.p.c.](#)) in quanto la replica al loro contenuto potrà avvenire in sede di udienza di discussione.

Eliminando *tout court* l'udienza e prevedendosi solo la possibilità per le parti di depositare, entro un unico termine, note difensive si viene così a cancellare radicalmente qualsiasi possibilità di replica con conseguente ulteriore ingiusta compressione del diritto di difesa.

Anche in ragione di ciò, con riferimento ad una udienza di discussione orale e di decisione della causa l'unica alternativa prefigurabile rispetto allo svolgimento della udienza con presenza fisica dei difensori delle parti e del magistrato è svolgere l'udienza con collegamento da remoto.

Altrimenti, se tale modalità di svolgimento dell'udienza non è tecnicamente possibile, dovrà procedersi ad un rinvio ad una data che consenta lo svolgimento della udienza in modo tale da poter garantire anche l'ulteriore ed ineliminabile momento di esercizio del diritto di difesa (ossia, la discussione orale della causa).

---

deve ritenere che essa rappresenti momento decisivo per il compiuto esercizio del diritto di difesa e, quindi, come tale non può essere discrezionalmente ed insindacabilmente negato o concesso a seconda di una scelta rimessa al singolo ufficio giudiziario di volta in volta adito.

## RIFLESSIONI SUL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI

# Riflessioni sul rapporto tra corti nazionali e collegi arbitrali in materia di diritto internazionale degli investimenti: tra collaborazione e conflittualità, a che punto siamo?

di Giovanni Viglino

DEL 3 GIUGNO 2020

### Sommario

- I. Introduzione
- II. Il sostegno giudiziale ai collegi arbitrali
- III. Conflittualità tra le corti nazionali e i collegi arbitrali
- IV. Riflessioni conclusive

### I. Introduzione

*Arbitrato internazionale degli investimenti - ICSID - Trattati bilaterali di investimento - Rapporti tra organi giudicanti - Strumenti processuali volti a disciplinare la relazione tra corti nazionali e collegi arbitrali - Procedimenti paralleli.*

Il diritto internazionale degli investimenti è una materia affascinante e complessa che soprattutto in tempi recenti ha ricevuto enorme attenzione da parte della prassi, dottrina e giurisprudenza internazionali. In una realtà mondiale sempre più fondata sul multilateralismo e il libero commercio transnazionale, il ruolo dell'investimento estero è di vitale importanza, soprattutto per i paesi in via di sviluppo. La necessità di questi ultimi di attrarre capitali esteri va di pari passo con l'interesse degli investitori di intraprendere progetti a lungo termine volti a uno sviluppo delle risorse dei territori in questione e, ovviamente, a un ritorno economico. Tuttavia, se questo approccio è sicuramente un qualcosa da promuovere, è altresì evidente che necessiti di un complesso apparato normativo volto a regolare i vari rapporti giuridici che si vengono ad instaurare tra i diversissimi attori coinvolti. In particolare modo, prevedibilità e uniformità nei meccanismi di risoluzione delle controversie che dovessero sorgere fra investitori e stati sono caratteristiche necessarie affinché l'intera architettura risulti efficiente e adeguata allo scopo.

In termini molto generali, sia corti nazionali che collegi arbitrali possono essere autorizzati a risolvere una controversia internazionale in materia di investimenti. Questo non sarebbe affatto un problema se non fosse che i confini delle rispettive autorità non sono talvolta evidenti: ecco, quindi, che una corretta valutazione del rapporto tra le corti nazionali e i collegi arbitrali rappresenta un crocevia cruciale per lo sviluppo di un sistema efficiente per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti.

Il tema, delicatissimo e dalle molteplici sfaccettature, concernente il rapporto tra i due organi giudicanti, può essere approcciato da diversi punti di vista. In questo articolo ci si concentrerà sul ruolo (potenziale o effettivo) esercitato dalle corti nazionali nei confronti di un collegio arbitrale, e in particolare modo: come può essere coinvolto l'organo giudiziale? In quale misura? Quando una corte nazionale può essere chiamata a svolgere un ruolo nei procedimenti dinanzi a un collegio arbitrale? Queste rappresentano alcune delle questioni che possono sorgere nel vasto ambito delle controversie internazionali in materia di investimenti. Nelle pagine che seguono, si cercherà di far luce su queste domande, in modo da permettere a chiunque voglia approfondire tale argomento di avere una visione d'insieme utile circa le criticità immanenti alla relazione tra i due organi giudicanti.

Il contributo verrà diviso in due sezioni, entrambe volte a presentare il diverso impatto di un organo giudiziale nei confronti di un collegio arbitrale: nella prima verrà presentato come una corte nazionale può fornire la propria collaborazione a un collegio arbitrale; nella seconda sezione verranno analizzate le situazioni in cui una corte nazionale può, viceversa, trovarsi in competizione con un collegio arbitrale, quali sono le conseguenze e perché le soluzioni che sono state proposte nel corso degli anni non sono ancora servite effettivamente a smussare la competizione.

## II. Il sostegno giudiziale ai collegi arbitrali

“Chi ama, dubita e sospetta e insieme spasima d’amore!”<sup>[1]</sup> Così Shakespeare ha dato voce a Iago nel memorabile *Otello*, e così vi è chi, nella dottrina francese più importante, ha brillantemente configurato il rapporto tra un giudice e un arbitro<sup>[2]</sup>. Come accennato in precedenza, è utile cominciare l’analisi partendo da uno scenario dove la relazione tra i due organi giudicanti è rilassata, un quadro in cui una corte nazionale sostiene efficacemente un collegio arbitrale. Si possono immaginare due situazioni: in primo luogo, la possibilità per l’organo giudiziale di concedere misure provvisorie (1); in secondo luogo, il potere del medesimo di riconoscere ed eseguire un lodo emesso da un collegio arbitrale (2).

### 1. Misure provvisorie

Si immagini una situazione in cui un investitore A e uno stato B sono parti contraenti di un accordo riguardante

un investimento di A all’interno del territorio di B. Tale investimento origina da un favorevole contesto normativo che, nella sua veste più semplice, si presenta avente come sua fonte principale di diritto un trattato concluso dal medesimo stato B e dallo stato di nazionalità dell’investitore A (trattato bilaterale di investimento o, usando l’acronimo inglese, “BIT”)<sup>[3]</sup>.

Ora si immagini che, ad un certo punto del rapporto contrattuale, sorga una controversia tra l’investitore A e lo stato B nascente dal trattato bilaterale di investimento (ad esempio, una violazione da parte dello stato B dell’obbligo di assicurare un trattamento giusto ed equo all’investimento<sup>[4]</sup>) e al fine di risolvere tale controversia venga costituito un collegio arbitrale. Nello scenario più auspicabile, non vi è alcuna pressione per un’azione immediata, né il timore che in assenza di un’azione immediata vi sia un danno irreparabile (ai diritti della parte lesa). In tale contesto, il collegio procederà ad ascoltare le argomentazioni di entrambe le parti, valutare le prove ed emettere un lodo. Tuttavia, rimescolando le carte: cosa succederebbe se, prima della costituzione del collegio (o anche durante il procedimento), sorgesse la necessità di un’azione immediata? Misure provvisorie (o cautelari)<sup>[5]</sup> consentono all’organo giudicante competente di concedere un rimedio temporaneo alla parte richiedente. La questione rilevante ai fini della presente trattazione è la seguente: qual è l’autorità competente a concedere tali provvedimenti in un simile contesto?<sup>[6]</sup> Per rispondere, è fondamentale dividere le controversie in materia di arbitrato sugli investi-

[1] Shakespeare, *Othello*, atto terzo, terza scena, para. 165.

[2] Fortier, *Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: “Beware, My Lord, of Jealousy*, in *Can. Bar. Rev.*, 2001(80), pag. 143.

[3] Il trattato bilaterale di investimento è stato (ed è) il più importante strumento per lo sviluppo e la promozione dell’arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie di diritto internazionale degli investimenti. In breve, attraverso un trattato bilaterale, due stati concordano di assicurare protezione a qualsiasi investimento effettuato all’interno del territorio di uno stato da parte di un investitore avente nazionalità dell’altro stato. Il trattato bilaterale prevede come meccanismo di risoluzione delle liti il cosiddetto “treaty-based arbitration”, un meccanismo di risoluzione mediante il quale ognuno dei due stati dà il proprio consenso ad arbitrare ogni eventuale controversia che dovesse sorgere con (qualsiasi) investitore. La peculiarità insiste proprio in questo consenso aperto potenzialmente a tutti gli investitori, contrariamente al consenso arbitrale in ambito commerciale e tra soggetti privati. Per chi volesse approfondire il tema, soprattutto per quanto concerne l’interessante sviluppo storico dei trattati bilaterali di investimento e la loro relazione con globalizzazione - investimento estero - diritto internazionale, si rimanda a Braun, *Globalization: The Driving Force in International Investment Law*, in Michael Waibel, Asha Kaushal, e altri (ed), *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, Kluwer Law International, the Netherlands, pagg. 491 - 505; e Radjai e Fuentes, *Investment Arbitration in Switzerland*, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, 2018, Kluwer Law International, the Netherlands. Molto interessante l’analisi storica degli autori, i quali - in nota a piè di pagina numero 5 a pagina 1049 - mostrano come il numero dei trattati bilaterali conclusi dagli stati sia passato da 500 nel 1990 a oltre 2900 al giorno d’oggi.

[4] Fair and equitable treatment, o “FET”, in inglese.

[5] Per una definizione si rimanda a Ehle, *Concurrent Jurisdiction: Arbitral Tribunals and Courts Granting Interim Relief*, in *International Arbitration Mediation - From the Professional’s Perspective*, 2007, Yorkhill Law Publishing, pag. 157: “[I]nterim measures are procedural mechanisms used by courts and arbitral tribunals to address urgent matters [...], chiefly with a view to protecting the subject matter of the dispute”.

[6] *Ex plurimis*: Le Bars and Shiroor, *Provisional Measures in Investment Arbitration: Wading through the Murky Waters of Enforcement*, in *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017 (vol. VI, issue 1), pagg. 24 - 42.

menti in due gruppi: i) le controversie portate dinanzi al Centro Internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti («ICSID»); ii) tutte le altre controversie (d'ora in poi «non ICSID»).

Per quanto riguarda l'arbitrato ICSID, l'art. 39(1) delle regole arbitrali ICSID autorizza il collegio arbitrale<sup>[7]</sup> a concedere misure provvisorie «in qualsiasi momento», mentre la corte nazionale è autorizzata a concederle solo se le parti vi hanno acconsentito al momento della stipula della clausola compromissoria<sup>[8]</sup>.

Per quanto riguarda l'arbitrato non ICSID, l'approccio è diverso. Le disposizioni delle leggi e dei regolamenti arbitrali nazionali<sup>[9]</sup> consentono al giudice nazionale di concedere un provvedimento provvisorio, specificando che tale potere non pregiudica in alcun modo la validità dell'accordo compromissorio.

Riassumendo, ICSID prevede un sistema di *opt-in* tale per cui la competenza delle corti nazionali di emanare una misura provvisoria è strettamente collegata all'eventuale espressa scelta delle parti. Viceversa, in territorio non ICSID, persiste un sistema di *opt-out* secondo il quale le corti nazionali hanno competenza (spesso concorrente con quella del collegio arbitrale) di emanare un provvedimento cautelare in assenza di contraria previsione delle parti.

## 2. Riconoscimento ed esecuzione

Il supporto giudiziale a un collegio arbitrale non si esaurisce in una fase pre-decisoria, ma si spinge oltre, spesso

addirittura manifestandosi come necessario affinché l'intero sistema di arbitrato internazionale possa continuare a funzionare. Procedendo infatti con l'esempio, si ipotizzi che il collegio arbitrale abbia ora emanato un lodo, ponendo fine alla controversia tra le parti. Tuttavia, un lodo, pur disponendo in maniera definitiva e vincolante sulla controversia, deve essere rispettato affinché possa parlarsi di certezza e efficienza del sistema<sup>[10]</sup>. Attenendosi a uno scenario ideale, la parte soccombente si atterrà spontaneamente a quanto deciso dagli arbitri. Ma cosa succederebbe se la parte soccombente decidesse di agire diversamente? In questo caso, vi sarà la necessità di intervento dell'organo giudiziale, il quale sosterrà le pretese della parte richiedente riconoscendo e imponendo l'esecuzione del lodo.

Le modalità attraverso le quali si perviene a tale risultato seguono la stessa differenziazione di prima<sup>[11]</sup>: all'interno di ICSID, ogni stato contraente riconosce ed esegue un lodo «come se si trattasse di una sentenza definitiva di un tribunale di quello Stato»<sup>[12]</sup>. La Convenzione non prevede nessuna possibilità per uno stato contraente di rifiutare l'esecuzione del lodo. Le uniche limitatissime eccezioni in tal senso sono contenute nelle eventuali norme applicabili nello stato in questione concernenti l'immunità sovrana<sup>[13]</sup>.

La situazione è sicuramente più complicata in uno scenario non ICSID: qui il riconoscimento e l'esecuzione del lodo sono regolati dalla Convenzione di New York del 1958

[7] Si veda l'analisi accurata di Malintoppi, *Provisional measures in recent ICSID proceedings: what parties request and what tribunals order*, in *State immunity and the enforcement of investor state arbitral awards*, in Christina Binder, Ursula Kriebaum e altri (ed) *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, Oxford, a pag. 160.

[8] Si veda l'art. 39(6) delle regole arbitrali ICSID, il quale prevede che “[n]othing in this Rule shall prevent the parties, provided that they have so stipulated in the agreement recording their consent, from requesting any judicial or other authority to order provisional measures”.

[9] E.g. si vedano l'art. 26(9) delle regole arbitrali Uncitral (2010) e l'art. 46(4) delle regole addizionali ICSID.

[10] Anche Sepulveda-Amor e Lawry-White in *State responsibility and the enforcement of arbitral awards*, in *Arbitration International*, 2017(33) scrivono di esecuzione del lodo in termini non solo di necessaria tutela dei diritti di una parte, ma come ulteriore strumento per legittimare l'arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie. Precisamente, a pag. 35: “enforcement therefore becomes an important consideration in upholding, not only the rights of the winning party, but the value of arbitration as a form of dispute resolution”.

[11] Per un'analisi comprensiva si veda Reisman, Crawford, e altri (ed), *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, 2014, Kluwer Law International, the Netherlands, pagg. 1177 - 1276.

[12] Si veda l'art. 54(1) della Convenzione ICSID.

[13] Schreuer, *Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2010, pag. 85; Ortiz, Ugalde-Revilla, e altri, *The Role of National Courts in ICSID Arbitration*, in Crina Baltag (ed), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, 2016, Kluwer Law International, the Netherlands, pag. 357: “[t]he most important limitations governing the execution of ICSID awards in practice have been those provided for under each Contracting State's application of the various doctrines of sovereign immunity”. Nella stessa direzione Bjorklund, *State immunity and the enforcement of investor state arbitral awards* in Christina Binder, Ursula Kriebaum e altri (ed), *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, Oxford, a pag. 302: “a waiver of State immunity from the jurisdiction of an international tribunal does not encompass any automatic waiver of immunity from the execution of a resulting award”.

sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere ("Convenzione di New York")<sup>[14]</sup>. L'articolo V della Convenzione di New York elenca una serie di motivi alla ricorrenza dei quali è possibile rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo. Contrariamente al sistema ICSID, quindi, le corti nazionali hanno un certo potere nel rifiutare l'esecuzione di un lodo arbitrato. Un potere di cui è stato certamente fatto uso<sup>[15]</sup>, ma che non ha mai avuto l'impatto del medesimo potere esercitato in materia di arbitrato commerciale internazionale. Va infatti sottolineato che molti lodi in materia di investimento, vedendo necessariamente il coinvolgimento di (almeno) uno stato, vengono spesso rispettati spontaneamente;<sup>[16]</sup> e, qualora dovesse essere richiesto l'intervento giudiziale, tale intervento si è molte volte indirizzato verso il riconoscimento e l'esecuzione del lodo<sup>[17]</sup>.

### III. Conflittualità tra le corti nazionali e i collegi arbitrali

Era il migliore di tutti i tempi, ora è il peggiore di tutti i tempi<sup>[18]</sup>. Ogni relazione può crollare rapidamente; e nel contesto del diritto internazionale degli investimenti, dove le complicate relazioni tra i diversi attori coinvolti su diversi piani giuridici sono caratteristiche endemiche del sistema, il rischio di un conflitto è particolarmente concreto. La pratica ha mostrato nel corso dei decenni le diverse situazioni nelle quali le corti nazionali, con il conforto di un sistema normativo talvolta lasciato eccessivamente all'interpretazione del singolo, hanno svolto un ruolo da antagoniste nei confronti dei collegi arbitra-

li. Nella prima parte di questa sezione verrà per l'appunto offerta un'analisi del conflitto tra gli organi giudiziari e i collegi arbitrali (1); successivamente, nella seconda parte, verrà presentata una panoramica critica delle soluzioni proposte per evitare il conflitto (2).

#### 1. Cenni circa gli stadi della relazione conflittuale

Nel campo dell'arbitrato sugli investimenti, corti nazionali e collegi arbitrali possono trovarsi in competizione a qualsiasi stadio di una controversia che sono chiamati a risolvere: prima, durante e dopo il procedimento (giudiziale o arbitrato)<sup>[19]</sup>.

Con la consapevolezza dell'impervietà del percorso, si cercherà di fare un po' luce facendo riferimento al precedente esempio dell'investitore A e dello stato B.

Analizzando più in profondità il rapporto giuridico tra A e B, si trovano due livelli interconnessi: a livello internazionale, il trattato bilaterale di investimento che descrive in termini generali i diritti e i doveri degli stati, degli investitori e, tra le altre cose, il meccanismo di risoluzione delle (eventuali) controversie nascenti da una violazione di tale trattato, meccanismo che, con le limitate eccezioni, comporta sempre la via dell'arbitrato; a livello nazionale, un contratto concluso tra l'investitore A e lo stato B. Questo contratto descrive in primo luogo i diritti e i doveri delle parti per un progetto specifico che deve essere condotto dall'investitore A nel territorio dello stato B; in secondo luogo, il meccanismo di risoluzione delle controversie nascenti da una violazione di tale contratto<sup>[20]</sup>. Ora, si ipotizzi che le parti di tale contratto devolvano alle

[14] *Ex plurimis*, Schreuer, *op. cit.*, pag. 86.

[15] Esula dalla presente trattazione il (complessissimo) tema, ma a titolo di esempio è sicuramente utile ricordare la posizione della Corte Europea di Giustizia espressa il 6 marzo 2018 nella controversia tra Slovacchia e Achmea, che ha sancito l'incompatibilità di trattati bilaterali di investimento infra-EU perché incompatibili con il diritto comunitario. La posizione della Corte di Giustizia trova radici nel precedente caso dei fratelli svedesi Micula che avevano ottenuto un lodo favorevole nel procedimento arbitrato contro la Romania, ma erano successivamente andati incontro a problemi enormi con riferimento all'esecuzione del lodo. Le corti nazionali francesi, belga, lussemburghesi, svedesi, rumene e britanniche sono state tutte coinvolte da parte dei fratelli Micula nel tentativo di far riconoscere ed eseguire il lodo, senza tuttavia ottenere successo.

[16] *Ex plurimis*, Alexandrov, *Enforcement of ICSID awards: articles 53 and 54 of the ICSID convention*, in Christina Binder, Ursula Kriebaum e altri (ed), *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, Oxford, a pag. 323: "[s]tates overwhelmingly have complied with awards rendered against them, without claimants needing to pursue enforcement".

[17] La Russia, ad esempio, è uno tra gli stati che si è tradizionalmente più opposto all'esecuzione spontanea di lodi. Tuttavia, non sono mancate le pronunce da corti in diverse giurisdizioni che hanno riconosciuto ed imposto l'esecuzione dei diversi lodi. Ad esempio, si vedano le pronunce della Corte Suprema Svedese nel caso Sedelmayer contro Federazione Russa, 1 luglio 2011; corte d'appello di Kiev, nel procedimento Everest (e altri) contro la Federazione Russa, del 25 settembre 2018. Al di là dell'esempio della Russia, a titolo di ulteriore esempio si possono citare due recenti pronunce: Corte Suprema australiana nel caso Mr. Lahoud v Congo datata 8 agosto 2017 (FCA 982); e corte distrettuale di Columbia nel caso Rusoro Mining Ltd. v. Republic of Venezuela, dove la corte statunitense ha rigettato le richieste venezuelane di non riconoscere ed eseguire il lodo (Decisione 1 marzo 2018, caso n. 16-cv-02020 (RJL)).

[18] Una sottile rivisitazione del memorabile incipit di Dickens in *Il Racconto di due città*.

[19] Sattar, *National Courts and International Arbitration: A Double-edged Sword?*, in *Journal of International Arbitration*, 2010(27), pagg. 51 - 73.

[20] La differenza è di cruciale importanza. In questa ultima circostanza, la clausola di elezione del foro si applica nelle relazioni contrattuali tra lo stato e l'investitore.

corti nazionali dello stato B la risoluzione delle eventuali controversie. In questo scenario, ancora prima dell'insorgere di una controversia, si è in presenza del primo scontro tra i due organi giudicanti (arbitrale e giudiziale): le controversie derivanti dal trattato bilaterale di investimento dovranno essere risolte davanti a un collegio arbitrale; viceversa, le controversie derivanti dal contratto dovranno necessariamente essere portate davanti a una corte nazionale dello stato B. Tale differenziazione (e conflitto) sono stati definiti in inglese con l'espressione "treaty claims v. contract claims"<sup>[21]</sup>. Tuttavia, alla felicità dell'espressione fa da contraltare l'infelicità delle conseguenze: cosa succede, infatti, se la difficoltà, nel caso specifico, sia l'individuazione di quale sia una domanda nascente dal contratto e quale sia nascente dal trattato?<sup>[22]</sup> Di più: cosa succede se la controversia comporta più rivendicazioni derivanti da entrambi gli strumenti o se la risoluzione della controversia contrattuale sia pregiudiziale alla risoluzione della controversia nascente dal trattato?

La dottrina e la giurisprudenza internazionali hanno utilizzato le cosiddette clausole ombrello ("umbrella clau-

ses", in inglese)<sup>[23]</sup>, presenti in molti trattati bilaterali, per apprezzare il tema. Tali clausole, che, secondo una parte della dottrina<sup>[24]</sup> e della giurisprudenza<sup>[25]</sup>, internazionalizzano le pretese contrattuali elevandole, servirebbero quindi, secondo questa scuola di pensiero (che si può sintetizzare con l'espressione "dell'elevazione"), a considerare ogni violazione contrattuale come una violazione del trattato bilaterale, la cui risoluzione, di conseguenza, è soggetta alla competenza arbitrale. Tuttavia, almeno altre tre correnti di pensiero si sono sviluppate negli anni: una prima corrente, che si presenta esattamente opposta a quella appena vista, che rifiuta senza troppi giri di parole la possibilità di mutamento di un obbligo contrattuale in un obbligo nascente dal trattato. Secondo questa teoria, quindi, la distinzione tra "contract claims" e "treaty claims" permane rigida e la soluzione è demandata all'interpretazione del caso concreto<sup>[26]</sup>. Un'ulteriore scuola di pensiero si è concentrata sulla distinzione tra "acta iure imperii" e "acta iure gestionis" da parte dello stato nella conclusione del contratto con l'investitore<sup>[27]</sup>. Secondo questa teoria, il collegio arbitrale avrà competenza anche

---

statore specifico. Viceversa, a livello di tratto bilaterale, lo stato si impegna ad una determinata clausola di elezione del foro con riferimento ad ogni potenziale investitore futuro. Molto chiaramente Sim, *Security for Costs in Investor-State Arbitration*, in *Arbitration International*, 2017(33), pag. 463: "[t]he state's unilateral offer of arbitration is often a 'standing' offer, open to the whole world".

**[21]** La letteratura sul tema è vasta. A titolo di esempio si vedano McLachlan, Shore, Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2017, Oxford, para. 4.39; Yannaca-Small, *Parallel Proceedings*, in Peter Muchlinski, Federico Ortino, e Christoph Schreuer (ed), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, Oxford, pag. 1012; Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law* in *International Arbitration Law Library*, 2017(21), pagg. 199 - 242; Crawford, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, 2008(24); Alexandrov, *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory* in Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under Investment Agreement*, 2010, Oxford, pagg. 323 - 350.

**[22]** Si veda ad esempio la decisione della commissione ad hoc per l'annullamento del lodo in *Vivendi v. Republic of Argentina* (Decisione sull'annullamento, 3 luglio 2002). Al paragrafo 76: "the fact that the Concession Contract referred contractual disputes to the contentious administrative courts of Tucumán did not affect the jurisdiction of the Tribunal with respect to a claim based on the provisions of the BIT". Si veda ulteriormente *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case no. ARB/01/11 (12 ottobre 2005), para. 46 - 62.

**[23]** È praticamente impossibile definire una clausola ombrello, considerate le diversissime formulazioni, interpretazioni e sfaccettature che sono state offerte nei decenni. Per chi fosse interessato ad approfondire l'argomento, si rimanda a Sinclair, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *Arbitration International*, 2004(20), pagg. 411 - 434.

**[24]** *Ex plurimis*, Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Roads*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2004(5), pag. 231. Gaillard, *L'arbitrage sur le fondement des traits de protection des investissements*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2003, pag. 868.

**[25]** *Fedax v. Republic of Venezuela*, lodo 9 marzo 1998. Il collegio arbitrale considerò le violazioni contrattuali del Venezuela come violazioni del trattato bilaterale tra Paesi Bassi e Venezuela in virtù della clausola ombrello contenuta all'articolo 3 del medesimo trattato: "[e]ach Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the treatment of investments of national of the other Contracting Party"; *LG & E Energy Corp. LG & E Capital Corp. and LG & E International Inc. v. Republic of Argentina*, (Decisione sulla responsabilità, 3 ottobre 2006).

**[26]** Tradizionale esempio di questa rigida scuola di pensiero è la giurisprudenza inaugurata dal caso *Société Générale du Surveillance SA v. Pakistan* (Decisione sull'eccezione di giurisdizione, 6 agosto 2003).

**[27]** *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/13 (Decisione sulle eccezioni preliminari, 27 luglio 2006), al paragrafo 109: "the Tribunal considers that the 'umbrella clause' [...] does not elevate any contract claim into a treaty claim - this does not mean that some contract claims based on commitments made by the State as a Sovereign give rise to a treaty claim - this results from Article VII, which clearly includes among the investment disputes under the Treaty all disputes resulting from a violation of a commitment given by the State as a sovereign State, either through an

per quanto riguarda le violazioni di clausole contrattuali che lo stato in questione ha stipulato nell'esercizio delle sue funzioni sovrane, ma non avrà competenza su quelle che lo stato ha stipulato come esercizio della sua funzione commerciale. Un'ultima scuola di pensiero si concentra viceversa esclusivamente sul carattere giurisdizionale di tali clausole ombrello. Tale corrente critica l'assunto della prima scuola che giustifica la competenza arbitrale attraverso un'elevazione di una determinata clausola contrattuale e più semplicemente ammette la competenza arbitrale a conoscere (e giudicare di) violazioni contrattuali. La clausola ombrello si dice operi esclusivamente sul piano processuale e non anche su quello sostanziale<sup>[28]</sup>. Risulta molto difficile prendere una posizione su quale corrente sia migliore o maggiormente precisa, e tale scelta esulerebbe comunque dai fini della presente trattazione. Ciò che invece è importante sottolineare è come la mera esistenza di una clausola ombrello possa portare maggiore confusione nella risoluzione del conflitto. La prassi internazionale si è evoluta da decenni sul significato e la portata di tali clausole, e il fatto che non vi sia uniformità nella loro stesura, interpretazione e applicazione rende imprevedibile l'esito di tali clausole<sup>[29]</sup>.

Tale imprevedibilità consente di ritornare al nostro scenario. Ciò che molto probabilmente accadrà in una situazione di simultanea presenza di *treaty claims* e *contract claims* è che saranno portati avanti due procedimenti paralleli. E questo permette di affrontare il secondo stadio del conflitto.

In breve, procedimenti paralleli si verificano quando vi sono due o più procedimenti in corso che coinvolgono le stesse parti, le stesse rivendicazioni e lo stesso motivo di azione (parti, *petitum*, *causa petendi*)<sup>[30]</sup>, che possono sfociare in sentenze (e talvolta giudicati) contrastanti. Nell'esempio ci si è limitati all'ipotesi di una coesistenza di rivendicazioni contrattuali e rivendicazioni nascenti dal trattato, ma ci sono molte situazioni che possono portare a procedimenti paralleli<sup>[31]</sup>. Si ipotizzi ora che due procedimenti (simultanei o meno) siano intentati dall'investitore A contro lo stato B<sup>[32]</sup>, che entrambi gli organi giudicanti (giudice e arbitro) si riconoscano competenti a risolvere la controversia e che vengano emanate due decisioni (un lodo e una sentenza)<sup>[33]</sup>. La conflittualità tra i due organi giudicanti è ora al culmine: le parti saranno vincolate a due decisioni, le quali potranno sicuramente essere compatibili tra loro, ma altrettanto plausibilmente essere in contrasto<sup>[34]</sup>.

agreement, an authorisation, or the BIT. [...] Interpreted in this way, the umbrella clause of the BIT in Article II, read in conjunction with Article VII, will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign inserted in an investment agreement”.

<sup>[28]</sup> *Société Générale du Surveillance SA v. Philippines*, (Decisione sull'eccezione di giurisdizione, 29 gennaio 2004); *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Paraguay* (Decisione sull'eccezione di giurisdizione, 29 maggio 2009).

<sup>[29]</sup> *Ex plurimis*, van Hof e Hoffmann, *The Relationship between International Tribunals and Domestic Courts*, in Peter Muchlinski, Federico Ortino, e Christoph Schreuer (ed), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, Oxford, pag. 979.

<sup>[30]</sup> Si può tuttavia “rilassare” la necessaria sussistenza di tutti e tre gli elementi (parti, *petitum* e *causa petendi*) in ambito di diritto internazionale degli investimenti. Si veda a riguardo Hansen, *Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties*, in *Modern Law Review*, 2010(73), pagg. 528 e seguenti.

<sup>[31]</sup> Hansen, *op. cit.*; Yannaca-Small, *Parallel Proceedings*, *op. cit.*; Shookman, *Too Many Forums for Investment Disputes? ICSID Illustrations of Parallel Proceedings and Analysis*, in *Journal of International Arbitration*, 2010(27), pagg. 361 - 378. Accuratissima l'analisi di Friedman, *Treaties as Agreements to Arbitrate-Related Dispute Resolution Regimes: Parallel Proceedings in BIT Arbitration*, in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, 2007(13), che a pagina 547 sintetizza il problema dei procedimenti paralleli in questi termini: “[there are] three different manifestations of parallel proceedings in BIT cases: parallel BIT arbitration and national court proceedings; parallel BIT arbitrations under several treaties; and parallel proceedings involving more or less the same legal issue. It is easy to imagine other constellations of parallel proceedings as well. I have chosen these examples to illustrate how to speak of “parallel proceedings” is actually to touch upon a subject that is not only complex, but also highly varied in the way it manifests itself in real life”.

<sup>[32]</sup> Perché, per esempio, l'investitore solleva questioni nascenti sia dal contratto che dal trattato.

<sup>[33]</sup> Questa possibilità, creata anche da una totale assenza di coordinazione tra corti e collegi arbitrali, è stata rappresentata perfettamente nella controversia tra *Gami v. Mexico* (Uncitral, lodo 15 novembre 2004), dove il collegio, al paragrafo 39 del lodo, riprendendo il caso *Selwyn*, ha statuito quanto segue: “[i]nternational arbitration is not affected jurisdictionally by the fact that the same question is in the courts of one of the nations. Such international tribunal has power to act without reference thereto”. (Enfasi aggiunta).

<sup>[34]</sup> Esempio lampante la saga *CME/Lauder* contro la Repubblica Ceca. Nell'ottobre del 1991, la Repubblica Ceca privatizzò parte del settore televisivo e radiotelevisivo. Ronald Lauder, cittadino statunitense, investì in tale settore, operando negli anni anche attraverso la società *CME* di cui era titolare. In seguito all'emanazione, da parte della Repubblica Ceca, di alcuni provvedimenti legislativi che espropriarono l'investimento, Ronald Lauder avviò un procedimento arbitrale denunciando la violazione di alcune clausole del trattato bilaterale Stati Uniti d'America - Repubblica Ceca. Parallelamente, anche *CME* avviò un procedimento arbitrale



Questo conflitto ci porta ora ad affrontare la terza, e ultima, fase della competizione: il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze e lodi contrastanti.

A tal fine, si immagini che il collegio arbitrale abbia concesso il risarcimento richiesto dall'investitore A, mentre il tribunale abbia respinto la richiesta. Ciò che probabilmente accadrebbe è che l'investitore A cercherà di far riconoscere ed eseguire il lodo davanti alla corte competente nel territorio dello stato B e quest'ultimo si opporrà all'esecuzione facendo affidamento sulla sentenza del tribunale.

Si è già visto in precedenza che il grado di coinvolgimento di una corte nazionale nel riconoscimento e nell'esecuzione di lodi ICSID e lodi non ICSID varia in modo significativo, ma tale differenza si riduce in una situazione di decisioni contrastanti. In questo caso l'approccio tendenzialmente più restrittivo nell'esecuzione di un lodo arbitrale non trova giustificazione nella fonte della decisione (arbitrato invece del sistema giudiziario dello stato), ma nel conflitto tra due decisioni vincolanti<sup>[35]</sup>, la cui esecuzione può, tra le altre cose, sollevare questioni di violazione dell'ordine pubblico<sup>[36]</sup>.

In fin dei conti, al termine del nostro percorso esemplificativo, non si può prevedere cosa accadrà, ma si può trarre una prima conclusione cruciale: la conflittualità tra organi giudicanti può essere tanto feroce da minare l'intera architettura dei meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali in materia di investimenti. Per questo motivo sono state proposte molte soluzioni. Purtroppo, nessuna sembra essere adeguata alla portata. Segue

una breve revisione.

### 3. Una mappa delle presunte soluzioni ai procedimenti paralleli: tutte strade per la terra di nessuno

Il vasto numero di soluzioni<sup>[37]</sup> proposte nel corso degli anni può essere diviso in due gruppi principali: quelle previste dal testo giuridico (internazionale) applicabile (a); e quelle nel contesto dei principi generali del diritto internazionale (b).

#### a) Soluzioni basate sul trattato

A livello di trattato, che sia multilaterale o bilaterale, si possono distinguere quattro proposte: (i) clausole "incrocio" ("fork-in-the-road" in inglese); (ii) clausole di "non ritorno" ("no-u-turn" in inglese); (iii) il ricorso obbligatorio preventivo alle corti nazionali; (iv) meccanismi di riunione dei procedimenti.

Le clausole incrocio<sup>[38]</sup> e di non ritorno (note anche come di rinuncia, «waiver» in inglese) conferiscono entrambe all'investitore il potere di scegliere un foro esclusivo per la risoluzione delle controversie con lo stato ospitante: le clausole incrocio richiedono che l'investitore scelga *ab initio* un percorso (corte nazionale o collegio arbitrale) per risolvere la controversia, rendendo tale scelta irrevocabile<sup>[39]</sup>. Le clausole di non ritorno consentono all'investitore di proseguire il procedimento giudiziale, ma se (o quando) dovesse optare per la via arbitrale, la clausola impone la rinuncia a tutti gli altri procedimenti (letteralmente, non si torna indietro)<sup>[40]</sup>. La prassi dei tribunali e delle corti nazionali ha oscillato intorno all'approccio da adottare nei confronti di queste clausole<sup>[41]</sup>.

---

denunciando le medesime violazioni, ma basandosi sul diverso trattato bilaterale Paesi Bassi - Repubblica Ceca. Nonostante le misure governative fossero le medesime, i due collegi arbitrali arrivarono a soluzioni diametralmente opposte: il "collegio CME" condannò la Repubblica Ceca, mentre il "collegio Lauder" non trovò nessuna violazione. Riferimenti: CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic (Uncitral, sede Stoccolma, lodo finale 14 marzo 2003); Ronald S. Lauder v. Czech Republic (Uncitral, sede Londra, lodo finale 3 settembre 2001).

<sup>[35]</sup> In altre parole, il problema sarebbe il medesimo se le due decisioni fossero due lodi o due sentenze.

<sup>[36]</sup> Per quanto concerne la prospettiva italiana, si vedano Emanuele e Molfa, *Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective*, 2014, Thomson Reuters, a pag. 152: "[a]lthough there is no clear consensus on this issue, it may be argued, at least in certain countries, that **the need to avoid conflicting decisions is a public policy issue that could justify refusal of recognition and enforcement of an award**". (Enfasi aggiunta).

<sup>[37]</sup> Interessante menzionare la recentissima proposta di un codice di condotta. Si veda Cheng, *Establishing a code of conduct for a balanced relationship between investment arbitral tribunals and national courts*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2018(11), pagg. 91 - 115.

<sup>[38]</sup> Un esempio è la clausola VII del trattato bilaterale Stati Uniti - Argentina, che prevede quanto segue: "in the event of an investment dispute [...] the national or company concerned may choose to submit the dispute for resolution: to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or in accordance with the terms of paragraph 3. Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) [...] the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding [investment] arbitration".

<sup>[39]</sup> McLachlan, Shore, Weiniger, *op. cit.*, para. 4.68.

<sup>[40]</sup> McLachlan, Shore, Weiniger, *op. cit.*, para. 4.68 e seguenti.

<sup>[41]</sup> Soprattutto per quanto concerne lo scopo di applicazione. Il collegio arbitrale in *Pantechniki S.A. Contractors and Engineers v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/07/21, lodo 1 luglio 2009) ha analizzato dettagliatamente la clausola incrocio e, per quanto riguarda il problema dell'individuazione esatta dello sco-

La clausola incrocio per operare richiede l'identità delle parti, di *petitum* e di *causa petendi*[42]. Poiché, soprattutto nell'arbitrato sugli investimenti, molto spesso le parti[43], o la *causa petendi*[44], sono diverse, è difficile capire come si possa evitare la duplicazione dei procedimenti non appena dovesse mancare uno dei tre requisiti[45]. Un approccio critico analogo può essere adottato per quanto riguarda le clausole di non ritorno, nella misura in cui la (supposta) "esclusività" dell'arbitrato è una reale esclusività soltanto se si tratta della prima scelta del foro[46]. Per quanto riguarda il precedente ricorso a rimedi locali, questa è probabilmente la soluzione meno efficiente (e anche quella meno utilizzata)[47], soluzione adottata nei primissimi trattati bilaterali di investimento e poi abbandonata con il tempo[48]. La Convenzione ICSID esclude questa possibilità[49] e i collegi arbitrali hanno generalmente convenuto che non esiste un tale requisito nell'ar-

bitrato internazionale degli investimenti[50].

Passando alla riunione dei procedimenti, quest'ultima potrebbe rappresentare la soluzione più efficiente[51]. Tuttavia, la riluttanza generale di tutti gli attori coinvolti nel quadro degli investimenti internazionali rende impossibile fare affidamento su di essa come strumento per evitare procedimenti paralleli[52]. In breve, l'obiettivo cui mira il meccanismo processuale della riunione è quello di aggregare in un unico procedimento differenti pretese, che trovano *causa petendi* nello stesso provvedimento di uno stato (ad esempio, un atto che limita gli investimenti in un determinato settore), a condizione che tutte le parti coinvolte vi diano il loro consenso. La riunione, così argomentando, andrebbe ad insistere sull'identità del «provvedimento»[53] adottato dallo Stato, invece che sulle rivendicazioni degli investitori[54] (che possono essere diverse, ad esempio perché si basano su due diver-

po, al paragrafo 61 ha statuito quanto segue: "[t]he key is to assess whether **the same dispute** has been submitted to both national and international fora" (Enfasi aggiunta).

[42] Ortiz, Ugalde-Revilla, e altri, *op. cit.*, pag. 344.

[43] Ad esempio un investitore come persona fisica rispetto a un investitore come persona giuridica.

[44] Ad esempio, come si è visto in nota 34 nel caso CME/Lauder contro la Repubblica Ceca, due pretese derivanti da due diversi trattati bilaterali di investimento.

[45] Ad esempio, in CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8 (Decisione sulla giurisdizione, 17 luglio 2003), il collegio arbitrale considerò i due procedimenti portati avanti separatamente dall'investitore come differenti perché non possedevano medesima causa petendi.

[46] Yannaca-Small, *op. cit.*, pag. 1029.

[47] Djajić e Stanivukovic, *The Local remedies rule in non-ICSID Investment Arbitration*, in Christian Klausegger, Peter Klein, e altri (ed), *Asian International Arbitration Journal*, 2019, pagg. 422 e seguenti.

[48] Schreuer, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005(1) pag. 2.

[49] Si veda l'art. 26 della Convenzione ICSID.

[50] *Ex plurimis*, molto chiaramente il collegio in Nykomb Synergetics v. Latvia (lodo finale, 16 dicembre 2003), para. 2.4: "in the Tribunal's view, no such general obligation to exhaust local remedies can be derived from the Treaty or international law in general"; Gas Natural SDG, S.A. v. Republic of Argentina (ICSID No. ARB/03/10, Decisione sulla giurisdizione, 17 giugno 2005), al paragrafo 30: "under that provision it would be possible to have recourse to arbitration even if there were a decision in the case by the national courts, and a fortiori if no final decision had been rendered in the national courts. Accordingly, the 18-month provision does not come within the concept of prior exhaustion of local remedies as understood in international law. Furthermore, Article 26 of the ICSID Convention provides expressly that a state may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of consent to arbitration under the Convention, and this condition is not expressed in the BIT".

[51] Si rimanda alla straordinaria analisi di Crivellaro, *Consolidation of arbitral and court proceedings in investment disputes*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005(4) pagg. 371 - 420. Inoltre, Kaufmann-Kohler, Boisson de Chazournes, Bonnin e Moïse Mbengue, *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2006. Chi volesse approfondire il tema con specifico riferimento a ICSID, si rimanda al recente contributo di Kinnear e Mavromati, *Consolidation of Cases at ICSID*, in Neil Kaplan e Michael J. Moser (ed), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pyles*, 2018, Kluwer Law International, the Netherlands, pagg. 243 - 264.

[52] Si veda il resoconto dell'UNCTAD Investor-state dispute settlement: A sequel, 2013 (UNCTAD/DIAE/IA/2013/2), pagg. 110 e seguenti.

[53] Si veda l'esempio offerto dall'articolo 1121(1) NAFTA: "[a] disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if: [...] (b) the investor [...] waive[s its] right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure [...] that is alleged to be a breach [...] except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief" (enfasi aggiunta).

[54] Approfonditamente, Crivellaro, *op. cit.*, pag. 402: "the concept of State 'measure' is a much more precise notion to determine and identify claims than the concept of 'dispute'."

si trattati bilaterali di investimento). In altre parole, l'attenzione è spostata dall'analisi delle diverse rivendicazioni che il provvedimento di uno Stato può causare ad una più flessibile identificazione della misura e degli investitori potenzialmente offesi da essa, indipendentemente dalle loro pretese<sup>[55]</sup>. Tuttavia, come anticipato in precedenza, la mancanza di uniformità, il requisito del consenso di tutte le parti e l'incertezza dei benefici pratici portano incertezza su come potrebbe essere realizzato in modo coerente nel prossimo futuro<sup>[56]</sup>.

#### b) Principi generali del diritto internazionale

Due principi generali sono stati invocati come strumenti processuali per evitare procedimenti multipli: la litispendenza e la *res judicata*<sup>[57]</sup>. Essi mirano a raggiungere lo stesso obiettivo di certezza del diritto, precludendo una successiva lite sulla stessa controversia tra le stesse parti, coinvolgendo lo stesso *petitum* e la stessa *causa peten-*

*di*. Il giudicato e la litispendenza differiscono principalmente per quanto riguarda la tempistica: la litispendenza impedisce a un tribunale o a una corte di risolvere una controversia mentre la medesima è pendente davanti a un altro foro;<sup>[58]</sup> mentre la *res judicata* si applica alla sentenza (o al lodo) definitivi nel precludere qualsiasi tentativo successivo di rimettere in discussione la controversia<sup>[59]</sup>. Mentre ci sono pochi dubbi sull'efficacia di questi principi a livello nazionale, le cose si complicano sul piano internazionale<sup>[60]</sup>. Non è un segreto che anche la Corte internazionale di giustizia abbia avuto molte difficoltà nell'adottare un approccio uniforme al riconoscimento della *res judicata* alle proprie (precedenti) sentenze<sup>[61]</sup>, per non parlare dell'applicabilità di tali principi tra le corti nazionali e i collegi arbitrali internazionali, che appartengono a ordinamenti giuridici diversi. Infatti, basandosi fortemente sulla distinzione tra l'ordine naziona-

[55] L'unicità della clausola 1126 NAFTA, che prevede la possibilità di riunione ogniqualvolta via sia una "questione di fatto o di diritto comune", è stata evidenziata e elogiata da più parti. In particolare, Alvarez in *Arbitration Under the North American Free Trade Agreement*, in *Arbitration International*, 2000(16) alle pagg. 413 - 414 scrisse quanto segue: "[t]he consolidation provision of the NAFTA is unique among multilateral investment treaties. Although complex, it usefully addresses the possibility of multiple claims arising from a single measure taken by a State Party. [...] Other potential benefits of the consolidation provision are the avoidance of inconsistent results in cases arising from the same measure and, quite possibly, similar facts. The idea of the appointment of a 'super tribunal' to consolidate claims on a mandatory basis is novel and bold. Although mandatory consolidation is not widely accepted in private commercial arbitration, it makes good sense in the case of Chapter 11 of NAFTA, which is not the usual private commercial arbitration. Rather, Chapter 11 creates a broad range of claims which may be brought by an equally broad range of claimants who have mandatory access to a binding arbitration process without the requirement of an arbitration agreement in the conventional sense nor even the need for a contract between the disputing parties. In view of this, some compromise of the principles of private arbitration may be justified" (enfasi aggiunte).

[56] L'esperienza internazionale ha dimostrato che si può giungere ai risultati più disparati. Il collegio arbitrale in *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione, 31 luglio 2001) decise di operare una riunione di "fatto", tale per cui due identici collegi arbitrali furono costituiti per decidere le due (molto) simili controversie. In *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/16/2, Ordine procedurale numero 1, 16 maggio 2017), il collegio arbitrale accolse con favore l'accordo delle parti di riunire in un unico procedimento un procedimento ICSID e un arbitrato ad hoc, quindi mostrando la possibilità di riunione di procedimenti condotti non sotto le medesima istituzione. Viceversa, in altre circostanze la riunione non è stata possibile (nonostante avrebbe risolto molti problemi): oltre alla saga *CME/Lauder* citata in nota 34, si può menzionare il caso *Burlington Resources Inc. v. Ecuador Republic* (ICSID Case No. ARB/08/5, decisione 7 febbraio 2017).

[57] La letteratura, critica e non, sul tema è vasta. A titolo di esempio, Hansen, *op. cit.*, pagg. 531 e seguenti; Magnaye e Reinisch, *Revisiting Res Judicata and Lis Pendens in Investor-State Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2016(15), pagg. 64 - 86; Kaufmann-Kohler, *Interpretation of Treaties: How Do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties*, in Loukas A. Mistelis e Julian David Mathew Lew (ed), *Pervasive Problems in International Arbitration*, 2006; Yannaca-Small, *op. cit.*

[58] Gallagher, *Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens: Problems and Possible Solutions*, in Loukas A. Mistelis and Julian David Mathew Lew (ed), *Pervasive Problems in International Arbitration*, 2006, pagg. 335 - 337.

[59] Gallagher, *op. cit.*, pagg. 338 - 340.

[60] Anche, se non soprattutto, per le note differenze nell'approccio al tema da parte delle giurisdizioni di common law rispetto a quelle di civil law. *Ex plurimis* sul tema, Pika, *A Proceduralist Connotation of Arbitral Res Judicata under National Laws*, in Maximilian Pika, *Third-Party Effects of Arbitral Awards: Res Judicata Against Privies, Non-Mutual Preclusion and Factual Effects*, in *International Arbitration Law Library*, 2019(49). In particolare, pagg. 55 - 60: "[i]n summary, there is a general divide between common law and civil law with regard to *res judicata*'s specific legal consequences, namely the relevance of (i) the dispositive, (ii) adjudicatory reasonings and (iii) non-adjudicated claims and arguments".

[61] Di straordinario interesse le pronunce nei casi *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)* (Eccezioni preliminari) Judgment ICJ Reports 2016; e *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Judgment ICJ Reports 2007.

le e quello internazionale, i collegi arbitrali internazionali non hanno certo esibito particolare prudenza nel mostrare la propria riluttanza a riconoscere l'effetto di *res judicata* a precedenti sentenze delle corti nazionali<sup>[62]</sup>.

#### IV. Riflessioni conclusive

Come si è potuto constatare da questa breve panoramica, la risoluzione internazionale di controversie in materie di investimento lascia spazio a tante riflessioni. Rimanendo strettamente in ambito di giurisdizione e competenza, e quindi concentrandosi esclusivamente sulla relazione tra corti nazionali e collegi arbitrali, si incontrano tre domande ricorrenti: in primo luogo, perché collegi arbitrali e corti nazionali hanno iniziato a interagire? In secondo luogo, come si stanno sviluppando i loro rapporti? Da ultimo, cosa si può fare per migliorare la relazione tra i due organi giudicanti?

Si può sostenere che l'arbitrato degli investimenti, soprattutto nel quadro dell'ICSID, sia stato concepito come un meccanismo autonomo per la risoluzione delle controversie internazionali in materia di investimenti. Un sistema nel quale, a differenza di qualsiasi altro, tutto sarebbe già previsto, contenuto ed eventualmente risolto all'interno del sistema medesimo, senza ricorrere ad alcun supporto (giudiziale) esterno ("self-contained system", in inglese). Tuttavia, si è visto che, da un lato, anche all'interno di un sistema così autonomo, il ruolo dell'organo giudiziale non è escluso; e, da altro lato, che quando le corti nazionali e i collegi arbitrali cooperano, l'intera architettura ne trae vantaggio. Pertanto, se si volesse dare una prima risposta sul perché tale relazione sia nata, ci si potrebbe concentrare sulla maggiore efficienza che tale cooperazione può garantire alla risoluzione delle controversie internazionali in materia di investimenti.

Tuttavia, si è visto come questa efficienza sia stata spesso un'ambizione e non tanto un elemento acquisito. La prassi, la giurisprudenza e la dottrina si sono evolute molto nel corso degli anni, senza comunque raggiungere

un'uniformità e una coerenza tali da poter affidarsi serenamente a tale (complesso) sistema normativo, sociale, economico, così come concepito. Si sono viste le conseguenze del conflitto tra corti nazionali e collegi arbitrali, si è visto come l'intera struttura risenta gravemente dei diversi approcci circa le rispettive aree di competenza. Traendo le somme, infatti, ciò che traspare è una grande incertezza. Sul piano dei rapporti, delle competenze, dei poteri, dei limiti. Incertezza è quindi la risposta alla seconda domanda. Un'incertezza avvertita da tutti gli attori coinvolti e che da anni sta spingendo la dottrina internazionale a cercare una soluzione con l'obiettivo di ricostruire l'impalcatura del diritto internazionale degli investimenti, soprattutto per quanto concerne il sistema di risoluzione delle controversie. La stessa dottrina, tuttavia, non ha potuto fare altro che constatare l'inadeguatezza delle soluzioni previste. E questa consapevolezza conduce al vero problema: il timore che non ci possa essere una risposta certa e soddisfacente alla terza domanda. Come migliorare il sistema rimane, infatti, questione cruciale e di difficilissima analisi. Tradizionalmente, si è visto, si è soprattutto cercato di applicare analogicamente istituti di diritto internazionale adattandoli al contesto, con la (non troppo nascosta) speranza che potessero effettivamente risultare utili. Così non è stato. Troppe le peculiarità del sistema del diritto internazionale degli investimenti, troppo diversi gli interessi in gioco e, forse soprattutto, troppo rapidi i cambiamenti sociali ed economici cui il sistema deve reagire.

Gli spunti dottrinali molto recenti sull'approcciare il problema da una prospettiva diversa, concentrandosi su soluzioni su misura, che guardano alle particolarità e specificità del rapporto tra corti nazionali e collegi arbitrali, sono ancora in fase di elaborazione e sviluppo. Le medesime fasi di elaborazione e sviluppo del diritto internazionale sugli investimenti, mai forse come oggi attaccato da più fronti.

[62] A titolo di esempio, si vedano *Amco Asia Corporation et. al. v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1, lodo finale, 20 novembre 1984), para. 177: "[a]n international tribunal is not bound to follow the result of a national court." Nella stessa direzione, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/23, lodo finale, 11 giugno 2012) para. 1130: "the decisions of national courts are not binding on this Tribunal"; *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Perú* (ICSID Case No. ARB/03/4, decisione sull'annullamento del lodo, 5 settembre 2007) para. 87: "[t]he Ad hoc Committee considers that **a clear distinction must be made between res judicata at international and at national level**. While an international judgment which is res judicata will in principle constitute a legal obstacle to a new examination of the same matter, **res judicata at national level produces its legal effects at national level and will in international judicial proceedings not be more than a factual element**. This must be so, because it cannot be left to each individual State to create, through its own rules of res judicata, obstacles to international adjudication" (enfasi aggiunte).

## DIRITTO ALL'ANONIMATO DELLA MADRE E DIRITTO ALLA CONOSCENZA DELLE ORIGINI BIOLOGICHE DELL' ADOTTATO

# Il procedimento di “interpello” della madre biologica, che abbia dichiarato di non voler essere nominata al momento del parto, ai fini dell'eventuale revoca dell'originaria dichiarazione, e la progressiva espansione del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini biologiche ad opera della recente giurisprudenza

di Ilaria Lombardini

DEL 5 GIUGNO 2020

### Sommario

1. Sintetica cornice normativa di riferimento
2. Il procedimento di interpello: modelli e prassi giudiziarie per interpellare la madre biologica, che si sia avvalsa del diritto di anonimato di cui all'art. 30, d.p.r. n. 396/2000
  - 2.1. L'intervento chiarificatore di Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 e la disciplina del procedimento di interpello
  - 2.2. Le criticità delle prassi di interpello della madre biologica, che abbia dichiarato alla nascita del figlio di non voler essere nominata
3. Altri profili problematici: l'impossibilità dell'interpello nel caso di madre biologica anonima deceduta
  - 3.1. Espansione del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini e conseguente estensione dell'interpello a fratelli e sorelle biologici
4. Rilievi conclusivi

### 1. Sintetica cornice normativa di riferimento

Il diritto dell'adottato alla conoscenza del proprio *status* e delle proprie origini è disciplinato dall'art. 28 L. 4 maggio 1983, n. 184 e s.m., legge sul «Diritto del minore ad una famiglia» (in seguito: legge adoz.), il riconoscimento di tale diritto è stato introdotto dalla L. n. 149 del 2001<sup>[1]</sup>.

Tuttavia, il comma 7 dell'art. 28 L. n. 184/1983 prevede che l'adottato non possa avere accesso alle informazioni sulle proprie origini qualora la madre biologica abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento del-

[1] Gli otto commi del vigente art. 28, legge adoz., disciplinano il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini e l'identità dei propri genitori biologici. L'iter è scandito secondo l'età: adottato in età minore, adottato maggiorenne - ma che non abbia ancora compiuto 25 anni -, adottato ultra-venticinquenne, morte o irreperibilità di entrambi i genitori adottivi; limiti posti al diritto dell'adottato di conoscere le informazioni relative alle sue origini e all'identità dei propri genitori biologici. Per l'analisi della normativa, nonché per l'ampia bibliografia citata, sia permesso rinviare a Lombardini, Sub art. 28 L. 4 maggio 1983 n. 184, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. Zaccaria<sup>4</sup>, Padova, 2020, p. 1922 ss.; sui diritti concorrenti dell'adottato, non riconosciuto alla nascita, a conoscere le proprie origini e il diritto della madre biologica all'anonimato, v., di recente, Lombardini I., *Una questione problematica ancora aperta dopo le recenti pronunce della giurisprudenza: il diritto dell'adottato, non riconosciuto alla nascita, alla conoscenza delle proprie origini e il diritto della madre all'anonimato*, in *Le pagine de L'aula civile*, aprile 2020.

lo stato civile). Il **comma 7 dell'art. 28** legge adoz. è stato riformulato, a decorrere dal 1° gennaio 2004, dal **comma 2 dell'art. 177, d.lgs. n. 196/2003**, Codice in materia di protezione dei dati personali (c.d. Codice *privacy*)<sup>[2]</sup>. E così la questione del diritto alla conoscenza delle proprie origini, di cui al citato **comma 7 art. 28** legge adoz., si innesta nella disciplina del trattamento dei dati personali, con le specifiche disposizioni dell'**art. 93**, “Certificato di assistenza al parto” del Codice *privacy*: infatti, tale norma, al **comma 1**, dispone che in caso di parto in anonimato, ai fini della dichiarazione di nascita il certificato di assistenza al parto sia sempre sostituito “da una semplice attestazione contenente i soli dati richiesti nei registri di nascita”<sup>[3]</sup>; al **comma 2** la suddetta norma stabilisce che il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, se comprensivi dei dati personali, che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, possano «essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorso cento anni dalla formazione del documento»<sup>[4]</sup>; infine, al **comma 3**, fulcro della questione, è previsto che, prima del decorso dei cento anni, la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati concernenti la madre che abbia dichiarato di non vo-

ler essere nominata, “osservando le opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificabile”<sup>[5]</sup>.

Pertanto, il **comma 7 dell'art. 28**, legge adoz. impediva al figlio, in seguito adottato, nato da parto anonimo la possibilità di attivare un procedimento finalizzato a raccogliere l’eventuale revoca della dichiarazione di non voler essere nominata da parte della madre biologica. Visto il dettato di tale disciplina positiva, che cristallizzava la scelta dell’anonimato anziché considerarla in una prospettiva “diacronica”, dopo l’*arrêt* della Corte edu **25 settembre 2012, ric. 33783/09, Godelli c. Italia**, che ha censurato l’Italia per il rigido sistema di protezione dell’anonimato della madre biologica<sup>[6]</sup>, sulla questione si è pronunciata la Consulta. Corte cost. **n. 278 del 22 novembre 2013**<sup>[7]</sup> dichiara l’illegittimità costituzionale del **comma 7 dell'art. 28** legge adoz., nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la «massima riservatezza» - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'**art. 30, comma 1, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396** - su istanza del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

Si noti, la Corte non censura quanto disposto dall'**art. 30, comma 1, del d.p.r. n. 396/2000** sulla tutela del parto ano-

[2] V. il **d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196** nonché il **Regolamento (UE) 2016/679** del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, noto con la sigla GDPR, operativo in Italia dal 25 maggio 2018. In tema, sulla compatibilità tra l'**art. 28, comma 7, L. n. 184/1983** e il **Regolamento UE n. 679/2016**, v. Montaruli, *Il parto anonimo e l’accesso alle origini nell’adozione*, in *www.ilmfamiliarista.it* (19 febbraio 2018), e già, Montaruli, *Parto anonimo e accesso alle origini nell’adozione*, in *giudice donna.it* 1/2017, p. 8 ss.

[3] Pertanto, in tale ipotesi, si possono conoscere i dati identificativi della madre biologica soltanto collegando la dichiarazione di nascita al certificato di assistenza al parto (ora attestazione di avvenuta nascita) o alla cartella clinica.

[4] Un vincolo all’anonimato, che eccede la possibile durata della vita umana allo scopo di proteggere la vita (del nascituro), tutelando la riservatezza dell’identità della madre naturale: così sul punto Corte cost. **n. 425 del 2005**.

[5] È quest’ultima la disposizione non di rado messa in ombra nella *querelle* sul diritto del figlio, nato da parto anonimo e poi adottato, alla conoscenza delle proprie origini, nel caso l’adottato presenti l’istanza adducendo specifici motivi di cura e/o genericamente di salute. Sulla problematica, per maggiori dettagli v. *infra* il § 4., sulle «Buone prassi sanitarie».

[6] Si veda Corte Edu **25 settembre 2012, ric. 33783/09, Godelli c. Italia**, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, I, p. 103, con nota di Long, *La corte europea dei diritti dell’uomo censura l’Italia per la difesa a oltranza dell’anonimato del parto: una condanna annunciata*; in *Fam. e dir.* 2013, p. 537, con nota di Currò, *Diritto della madre all’anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*; in *Giust. civ.* 2013, I, p. 1597, con nota di Ingenito, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*; in *Corr. giur.* 2013, p. 940, con nota di Carbone; in *Minori giustizia* 2013, 2, p. 340, con nota di Margaria, *Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell’uomo condanna la legge italiana*; v. altresì Lombardini, *Una questione problematica ancora aperta dopo le recenti pronunce della giurisprudenza: il diritto dell’adottato, non riconosciuto alla nascita, alla conoscenza delle proprie origini e il diritto della madre biologica all’anonimato*, cit.

[7] Corte cost., **22 novembre 2013, n. 278**, in *Gazz. Uff.* 27 novembre 2013, n. 48 - Prima serie speciale; nonché in *Fam. e dir.* 2014, p. 11, con nota di Carbone, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all’anonimato materno*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 279, con nota di Long, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l’irreversibilità dell’anonimato del parto* e con nota di Marcenò, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, p. 285 s.; in *Corr. giur.*, 2014, p. 471 ss., con nota di Auletta, *Sul diritto dell’adottato di conoscere la propria storia: un’occasione per ripensare alla disciplina della materia*; v. anche G. Finocchiaro, *Il segreto sulle origini perde il carattere irreversibile ma la donna può decidere se restare nell’anonimato*, in *Guida al dir.*, 2013, n. 49-50, p. 20; Renna, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2018, p. 79 s.

nimo e, facendo espresso riferimento a tale norma, nel dispositivo statuisce: «sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto». La Consulta dunque opera un bilanciamento tra i potenzialmente confliggenti diritti coinvolti: il diritto alla ricostruzione identitaria dell'adottato e il diritto della madre biologica all'anonimato e all'oblio, demandando al legislatore l'individuazione delle modalità secondo cui esercitare tale bilanciamento dei diritti concorrenti (modalità di interpellodella madre).

## 2. Il procedimento di interpello: modelli e prassi giudiziarie per interpellare la madre biologica, che si sia avvalsa del diritto di anonimato di cui all'art. 30, d.p.r. n. 396/2000

A seguito della sentenza Corte cost. n. 278 del 2013, che dichiara l'incostituzionalità dell'anonimato materno "irreversibile", un indirizzo minoritario della giurisprudenza di merito rileva che, mancando un'apposita legge volta a colmare il vuoto legislativo creato a seguito della declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 28 legge adoz., nella parte in cui non consente di rendere reversibile la scelta dell'anonimato della donna che partorisce, «il giudice non può rendere operativo il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. La pronuncia della Corte costituzionale detta un principio in base al quale il legislatore dovrà ispirare la futura azione. Rientra nell'attività discrezionale del legislatore la scelta delle modalità di interpello della madre anonima, scelta che non può essere riservata all'organo giurisdizionale anche per evitare diversità di prassi per ogni ufficio giudiziario»[8].

Invece, l'orientamento maggioritario, anche se il legislatore non ha ancora introdotto la disciplina di dettaglio dell'interpello della madre naturale, imposto in materia

da Corte Cost. n. 278/2013, non ritiene necessaria una nuova disposizione legislativa, trattandosi di diritti costituzionalmente tutelati derivanti dalla responsabilità genitoriale (art. 30 Cost.). In altri termini, visto che la sentenza Corte Cost. n. 278 del 2013 ha riconosciuto il diritto dell'adottato di verificare se sia ancora interesse della madre biologica mantenere l'anonimato sulla propria identità, ritenuto che la succitata sentenza della Consulta produca conseguenze immediate nella sfera dei diritti dell'adottato dando facoltà al medesimo di verificare se la madre voglia eventualmente revocare la scelta dell'anonimato, alcuni tribunali minorili accolgono l'istanza con cui l'adottato maggiorenne chiede che il giudice voglia interpellare la madre biologica che, alla nascita, aveva dichiarato di non voler essere nominata, per verificare se ella intenda tenere ferma o meno l'originaria dichiarazione, al fine di raccogliere l'eventuale revoca dell'anonimato, legittimando in tal modo l'istante ad accedere alle informazioni che lo riguardano[9].

In assenza di una specifica disciplina normativa dell'interpello, consequenziale alla pronuncia della Consulta n. 278 del 2013, i tribunali minorili che hanno dato immediata attuazione al *dictum* della Corte costituzionale, procedendo all'interpello della madre biologica per verificare l'attuale volontà di revoca o conferma dell'anonimato, hanno seguito prassi non uniformi. Talvolta si sono limitati ad affermare che il giudice minorile (anche di appello, se richiesto con il reclamo), su istanza del figlio maggiorenne di una donna che, alla nascita, aveva dichiarato di non voler essere nominata e che è stato adottato da terzi, può procedere all'interpello della stessa, «con l'opportuna riservatezza»[10]; a volte invece hanno dettato le regole che in via di prassi devono essere seguite, una volta identificata la madre biologica dell'adottato[11], prevedendo in una precisa modalità operativa le diverse fasi del procedimento[12], che così in sintesi si possono elencare: a) recapito alla madre biologica, in forma "assolutamente riservata" per tramite di "un operatore dei Servizi Sociali", di una lettera di convocazione proveniente dal Tribunale; b)

[8] Così App. Milano [decr.] 10 marzo 2015, n. 496, in *www.altalex.it*, nonché Trib. minori Catania, 26 marzo 2015, in *Minori giustizia*, 2015, p. 211.

[9] V. Trib. min. Firenze [ord.] 7 maggio 2014, in *Fam. e dir.* 2014, p. 1003 ss., con nota di Carbone, *L'adottato alla ricerca della madre biologica*; App. Venezia 21 marzo 2014, App. Catania 5 dicembre 2014, entrambe in *Foro it.* 2015, I, c. 697; App. Catania 14 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 930, con *Osservazioni* di Casaburi, nonché Trib. minori Trieste [decr.] 5 marzo 2015, in *Fam. e dir.* 2015, p. 830 ss., con nota di Carratta, *Effettività del diritto alla ricerca della madre biologica*.

[10] App. Catania 14 ottobre 2015, cit.

[11] Identificata grazie al decreto emesso dal Tribunale minorile con il quale viene incaricato il Comando provinciale dei carabinieri, con facoltà di subdelega, di svolgere riservati ed opportuni accertamenti in ordine all'identità della madre biologica dell'istante, così Trib. minori Trieste [decr.] 5 marzo 2015, cit.

[12] Fasi previste dal citato Trib. minori Trieste [decr.] 5 marzo 2015.

colloquio con la donna alla sola presenza del giudice onorario delegato dal giudice togato; c) richiesta alla madre biologica di consenso al disvelamento della sua identità; d) in caso di consenso della madre biologica, rivelazione dell'identità del figlio/figlia ricorrente; altre volte hanno indicato le linee guida per l'interpello della madre<sup>[13]</sup>. Peraltro, Cass. sez. un. n. 1946 del 2017, al punto 11 delle "Ragioni della decisione", richiama, avallandole, le prassi giudiziarie (che definisce modelli di "protocolli" e "linee guida") per espletare il procedimento di interpello della madre, che alcuni Uffici giudiziari di merito hanno elaborato e messo in atto. Infatti, secondo le Sezioni Unite, anche se la determinazione generale ed astratta delle modalità del procedimento di interpello è demandata al legislatore, "i protocolli in concreto seguiti" dai tribunali per i minorenni, che in seguito alla sentenza della Corte cost. n. 278/2013 hanno «correttamente» ritenuto di dare corso alla istanza del figlio di interpello della madre biologica per un'eventuale revoca della scelta di anonimato a suo tempo effettuata, dimostrano come le disposizioni di riferimento, arricchite delle indicazioni contenute nella citata pronuncia della Consulta n. 278 del 2013, "siano suscettibili di essere declinate in direzioni pratiche dell'attività e del procedimento, capaci di consentire che, nel terminale del momento applicativo, il contatto con la madre, rivolto a raccogliere un'insindacabile dichiarazione di volontà, avvenga con modalità non invasive e rispettose della sua dignità e, nello stesso tempo, cautelando in termini rigorosi il suo diritto alla riservatezza"<sup>[14]</sup>. Sempre al punto n. 11 delle "Ragioni della decisione" la Cassazione, a titolo esemplificativo, indica analiticamente le prassi messe in atto da alcuni tribunali perdere attuazione al-

la pronuncia della Corte costituzionale del 2013, sostanzialmente legittimandole, "nell'esercizio della sua funzione nomofilattica"<sup>[15]</sup>. Sarebbe utile poterle indicare, in quanto la lettura permetterebbe di trarne una idea chiara e di meglio individuarne e valutarne luci ed ombre<sup>[16]</sup>.

### 2.1. L'intervento chiarificatore di Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 e la disciplina del procedimento di interpello

Come sopra, in estrema sintesi, anticipato, sui contrastanti indirizzi interpretativi della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 emersi nella giurisprudenza di merito, si pronuncia Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, uniformando anche le disomogenee prassi di interpello della madre biologica, che abbia scelto di rimanere anonima al momento del parto, messe in atto da alcuni Uffici giudiziari minorili<sup>[17]</sup>. Le Sezioni unite, in primo luogo affermano, condivisibilmente, l'immediata applicabilità della sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013; in secondo luogo definiscono, seguendo la falsariga indicata dalla Consulta, il procedimento di interpello della madre biologica, che abbia dichiarato di non voler essere nominata al momento del parto, delineando altresì analiticamente, con esemplificazioni, alcune prassi di interpello scandite nelle diverse fasi. Cass. n. 1946/2017 enuncia quindi il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: «In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice<sup>[18]</sup>, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria sto-

[13] Come le linee guida adottate dal Trib. min. Bologna con provvedimento del 5 aprile 2017, da leggersi in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

[14] Le frasi virgolettate sono tratte da Cass. civ., sez. un., n. 1946 del 2017, punto 11 delle motivazioni.

[15] Lo ricorda Lenti, *L'adozione*, in *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti-M. Mantovani), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da P. Zatti, II, Milano, 2019, p. 399.

[16] Non essendo possibile in questa sede, per ovvi motivi di "spazio", si rinvia il lettore al punto 11 delle *Ragioni della decisione* di Cass. civ., sez. un., n. 1946/2017.

[17] Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.* 2017, I, c. 477 ss., con *Osservazioni* di Casaburi, e con note di Lipari, *Giudice legislatore*, c. 493, e di Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, c. 494; in *Corr. giur.* 2017, p. 618 ss. con nota di Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Fam. e dir.* 2017, p. 740 ss., con nota di Di Marzio, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*, in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 8, p. 50, con nota di M. Finocchiaro, *Parto anonimo: il giudice su richiesta del figlio può interpellare la madre sulla reversibilità della scelta*, e *Se il diniego persiste il diritto dell'adottato non deve prevalere*, nonché in *Dir. fam.* 2017, p. 320. Del tutto conforme la successiva, meno articolata, Cass. civ., sez. I, 7 giugno 2017, n. 14162, in *Mass. Foro it.*, 2017, c. 494 (cassa App. Bologna, 6 maggio 2016). In argomento v. anche, per tutti, Stefanelli, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass. sez. un., n. 1946 del 2017*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1041; l'ampio studio di Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, in *E. dir. priv.*, 2017, p. 901; Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, II, p. 1290.

[18] Cfr. Lipari, *Giudice legislatore*, cit., c. 493 s.



ria parentale, di interpellare la madre, che alla nascita abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idoneo ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità”.

Con specifico riferimento all'*iter* da seguire nel procedimento di interpello della madre - che si sia avvalsa all'epoca della nascita della facoltà di non essere nominata - per verificare l'attualità del suo intento di conservare o revocare l'anonimato in modo da dare concreta attuazione alle indicazioni precettive fornite dalla Corte costituzionale, precisa la Cassazione, occorre prendere in considerazione sia il quadro normativo che la concreta prassi di interpello. Si consideri che nel dispositivo Corte cost. n. 278/2013 aveva indicato «i criteri-guida (il tipo di attività, implicante l'interpello della madre; il soggetto chiamato allo svolgimento di una tale attività, identificato nel giudice; le modalità, tali da assicurare l'assoluta segretezza)”[19].

Le Sezioni Unite individuano il procedimento utilizzabile in quello “base”, di volontaria giurisdizione, previsto dall'art. 28, commi 5 e 6, L. n. 184 del 1983[20]. Questo procedimento in camera di consiglio - “previ i necessari adattamenti” volti ad assicurare in “termini rigorosi la riservatezza della madre”, che si impongono in virtù delle indicazioni contenute nella pronuncia della Corte costituzionale - può rappresentare il “contenitore neutro” (così Cass. n. 1946/2017, citando Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629) del procedimento di interpello della madre biologica, vale a dire “di un'interrogazione riservata, esperibile una sola volta, con modalità pratiche nel

concreto individuate dal giudice nel rispetto dei limiti imposti dalla natura dei diritti in gioco”, diritti strettamente connessi, ma potenzialmente concorrenti, anzi, confliggenti[21].

Ci si chiede quali siano le peculiarità di questo procedimento di interpello della madre naturale, non regolamentato dal legislatore. Si tratta, come si diceva, di un procedimento camerale e di volontaria giurisdizione già delineato nell'art. 28, commi 5 e 6, legge adoz. in cui: - la competenza è attribuita al tribunale per i minorenni (“l'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza”, *ex comma 5, art. 28, legge adoz.*), anche se il ricorso è proposto da maggiorenni; - non è previsto l'intervento del pubblico ministero[22]; - l'attività istruttoria, demandata al tribunale per i minorenni[23], è all'apparenza semplificata, si incentra infatti su due punti: l'audizione delle persone di cui si ritenga opportuno l'ascolto e l'assunzione di tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico necessarie allo scopo di valutare che l'accesso alle notizie sulle proprie origini e l'identità della madre biologica non comportino “grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente”, nonché come puntualizzato da Cass., sez. un., n. 1946/2017, dell'equilibrio della madre naturale di cui si chiede l'interpello; - il tribunale per i minorenni, definita l'istruttoria, emette la decisione sotto forma di decreto (“autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste”, recita il comma 6, dell'art. 28, legge adoz., anche se la gravità delle informazioni assunte e le conseguenze delle stesse sulla salute psico-fisica del richiedente e/o della madre possono giustificare, ci pare, un rigetto dell'istanza).

Peraltro, non deve sfuggire che nel “contenitore neutro” del procedimento di interpello in discorso, in cui non possono essere dimenticati i riferimenti normativi alle Convenzioni e gli agganci giurisprudenziali con le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo[24], vanno inserite altresì modalità procedurali desunte dall'art. 93,

[19] Lo ricorda anche Grasso G., *Il diritto dell'adottato adulto di conoscere le proprie origini tra vecchi e nuovi feticci*, in *Minori giustizia*, 4/2018, p. 84.

[20] È il procedimento di volontaria giurisdizione previsto qualora l'adottato (la cui madre naturale non abbia dichiarato di voler restare anonima), una volta raggiunta la maggiore età, intenda accedere a informazioni che riguardano le sue origini e l'identità dei propri genitori biologici, presentando istanza al tribunale per i minorenni del luogo di residenza.

[21] Virgolettato tratto da Cass. civ., sez. un., n. 1946/2017, punto 9 delle motivazioni.

[22] Considerata però la rilevanza pubblicistica degli interessi in gioco, l'intervento del P.M. deve ritenersi necessario, “perlomeno attraverso l'emanazione di un parere prima che sia emessa la decisione”, così, condivisibilmente, Montaruli, *Parto anonimo e accesso alle origini nell'adozione*, cit., p. 17.

[23] Cass. n. 1946/2017 accenna, al punto 11 delle *Ragioni della decisione*, a un “giudice onorario minorile delegato dal giudice togato”.

[24] Cui fa riferimento anche Cass. n. 1946/2017, al punto 9 delle motivazioni. Si vedano gli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui Diritti del fanciullo (l'art. 7 prevede il diritto di quest'ultimo a conoscere l'identità dei propri genitori biologici); l'art. 30 della Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993, relativa alla Protezione dei minori e alla cooperazione in materia di adozione internazionale; l'art. 8 della *Convenzione europea per la sal-*

d.lgs. n. 196 del 2003, Codice in materia di protezione dei dati personali, secondo cui, come già enucleato *supra* (§ 1), ai sensi del **comma 3, art. 93 Codice privacy**, prima del decorso dei cento anni, la richiesta di accesso al certificato di assistenza al parto (ora attestazione di avvenuta nascita) o alla cartella clinica può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, “osservando le opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificabile”. Pertanto l’**art. 93 Codice privacy** detta un criterio utile per il giudice, il quale, nel procedere all’interpello della madre, dovrà seguire «modalità idonee a preservare la massima riservatezza e segretezza nel contattare la madre» per verificare se ella intenda confermare l’originaria dichiarazione di anonimato o rimuoverla[25]. “Massima riservatezza” considerato altresì che l’esigenza evidenziata al **comma 6, art. 28, legge adoz. di evitare che l’accesso alle notizie sulle proprie origini biologiche non procuri “grave turbamento dell’equilibrio psico-fisico del richiedente”** (l’adottato) non può che riguardare anche la madre biologica. L’indicazione normativa, infatti, deve valere per tutte le posizioni coinvolte nella vicenda, pertanto la ricerca della madre naturale e il contatto con la stessa ai fini dell’interpello riservato devono essere gestiti “con la massima prudenza ed il massimo rispetto, oltre che della libertà di autodeterminazione, della dignità della donna, tenendo conto della sua età, del suo stato di salute e della sua condizione personale e familiare”[26].

Così, le Sezioni Unite, coerentemente con il dettato di Corte cost. **n. 278 del 2013**, reperendo dal quadro normativo esistente le disposizioni che permettono di integrare la lacuna dell’ordinamento in attesa di un intervento legislativo *ad hoc*, sembrano aver attuato un condivisibile bilanciamento tra diritti concorrenti: da un lato il diritto dell’adottato non riconosciuto alla nascita alla conoscenza delle proprie origini biologiche nonché dell’identi-

tà materna, e dall’altro il diritto all’anonimato della madre, che abbia dichiarato alla momento del parto di non voler essere nominata.

## 2.2. Le criticità delle prassi di interpello della madre biologica, che abbia dichiarato alla nascita del figlio di non voler essere nominata

Tuttavia non si può negare che alcune criticità si manifestano nella prassi, nel concreto svolgersi delle diverse fasi del procedimento di interpello della madre biologica. In altre parole, l’effettività del bilanciamento di diritti confliggenti, e quindi la risoluzione del contrasto nel momento applicativo, non sempre si verifica per quanto concerne il profilo della tutela della riservatezza della donna.

Il tribunale minorile di solito delega il giudice relatore a disporre le necessarie ricerche atte a rintracciare la madre biologica anonima del ricorrente (il figlio poi dato in adozione) ai fini di verificare se ella voglia rimuovere il segreto revocando la scelta di rimanere anonima e, nel procedimento camerale già delineato dai commi 5 e 6 dell’art. 28 (v. *supra*), il giudice dovrebbe inserire le misure necessarie ad assicurare la riservatezza della madre naturale, affinché l’interpello “avvenga con modalità non invasive e rispettose della sua dignità e, nello stesso tempo, cautelando in termini rigorosi il suo diritto alla riservatezza”[27], come afferma Cass. **n. 1946/2017**, che però non precisa i doveri, in tal senso, dei soggetti coinvolti nel procedimento di interpello.

Ed è proprio questo aspetto, garantire pienamente ed effettivamente la tutela della riservatezza della madre biologica anonima, il punto debole che in concreto si riscontra, a nostro avviso, nell’esperimento dell’interpello[28]. Infatti, nella lunga catena procedimentale dell’interpello della madre biologica[29] vi è il rischio che si verifichino delle *défaillances*, in qualcuna delle fasi che scandiscono

vaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (l’art. 8 della Cedu concerne il diritto al rispetto della vita privata e familiare), nonché la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, da ultimo la sentenza Corte Edu, 25 settembre 2012 - Ricorso n. 33783/09 Godelli c. Italia, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

[25] Cass. sez un. n. 1946/2017, punto 9 delle *Ragioni della decisione*.

[26] In termini Cass. sez un. n. 1946/2017, punto 9 delle *Ragioni della decisione*, su cui non si può che concordare.

[27] Così Cass. sez un. n. 1946/2017, punto 11 delle motivazioni.

[28] “Le risposte procedurali a tali esigenze delle varie *prassi locali*, già ad un esame sommario, spesso consistono in escogitazioni empiriche, farraginose, lasciate alla buona volontà del singolo operatore, macchinose e financo inefficaci rispetto allo scopo», osserva un magistrato, G. Grasso, *Il diritto dell’adottato adulto di conoscere le proprie origini tra vecchi e nuovi fetici*, cit., p. 85.

[29] Non si può non ricordare che nel procedimento di interpello in discorso sono coinvolte molte persone: giudici, cancellieri, polizia giudiziaria del tribunale per i minorenni cui si rivolge l’interessato, responsabile del reparto di maternità e dell’ufficio cartelle cliniche, personale incaricato di rintracciare la madre - per esempio l’ufficio dell’anagrafe per verificare la permanenza in vita della donna e individuare il luogo di residenza - personale impiegatizio del comune di residenza, altri giudici e cancellieri incaricati di contattarla, servizi sociali interpellati ...

il procedimento, o dei momenti di allentamento della “rigorosa” tutela del diritto alla riservatezza della madre naturale e, di riflesso, del nucleo familiare che può aver costituito dopo l'evento (aspetto, questo, non di rado trascurato). Anche se i giudici dei tribunali per i minorenni, “in quanto giudici specializzati sono già attrezzati, per legge, ad esercitare una giurisdizione ‘mite’ [...] nei confronti degli utenti coinvolti nelle procedure minorili”[30] e solitamente agiscono con professionalità pure al fine di assicurare riservatezza alla convocazione, tuttavia occorre riconoscere, da un lato, che “non ci sarà mai un articolato normativo idoneo ad evitare abusi, o l'uso prepotente ed illegittimo, o anche semplicemente irragionevole, di funzioni pubbliche”[31], dall'altro che solitamente un compito tanto delicato quale l'interpello della madre biologica, che abbia optato per il parto in anonimato, viene affidato a un giudice onorario (selezionato non sempre in modo accurato) [32], o all'assistente sociale.

Uno degli anelli deboli della lunga catena procedimentale dell'interpello della madre che abbia scelto l'anonimato al momento del parto, può identificarsi, non di rado, nell'intervento dei servizi sociali. I servizi sociali, struttura spesso preziosa per la tutela del minore, anche in materia di adozione nelle sue varie fasi (nell'accertamento dello stato di abbandono ai fini anche della successiva dichiarazione dello stato di adottabilità, nonché nell'affidamento preadottivo ed eventuale revoca, fino alla dichiarazione di adozione[33]) possono però costituire nel procedimento in discorso l'anello debole sotto il profilo della riservatezza (in particolare nelle piccole città in cui sovente ogni segreto è un non-segreto), dunque del rispetto della dignità della madre biologica, e, in definitiva, della corretta funzionalità del procedimento di interpello della medesima.

Pur nel rispetto e la tutela di tutte le posizioni coinvolte - madre biologica e suoi congiunti, figlio istante, famiglia adottiva, le cui esigenze di *privacy* sono spesso lasciate in secondo piano[34] -, non può trascurarsi la necessità di particolare cautela nella ricerca e nell'approccio alla madre naturale ai fini dell'interpello, per evitare che possa essere percepito come un atto invasivo e perturbante, e, dunque la necessità di attivare operatori sociali di sicura professionalità e riservatezza. Anche se nel procedimento di interpello della madre biologica saranno rispettate tutte le possibili cautele (e il tribunale per i minorenni terrà conto, in particolare, dell'età, dello stato di salute psicofisica della donna, delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali) non sarà facile per la stessa dover affrontare il coinvolgimento emotivo, nonché, soprattutto in presenza di un coniuge o di altri figli, anche il solo fatto di essere contattata dai servizi sociali o dal giudice. Infatti, nella prassi dei tribunali per i minorenni si è constatato come spesso la decisione della donna di revocare oppure no l'anonimato sia influenzata e determinata dalla presenza o meno di altri figli ed in particolare dalla conoscenza da parte degli stessi della vicenda adottiva[35].

### 3. Altri profili problematici: l'impossibilità dell'interpello nel caso di madre biologica anonima deceduta

Un problema di non facile soluzione si pone quando non sia possibile esperire l'interpello per morte (o irreperibilità) della madre biologica che al momento del parto si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata.

*Quid* se l'interpello non è possibile per morte o irreperibilità della madre biologica “anonima”?

Sulla spinosa questione ha statuito Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024[36].

[30] Così il Presidente Trib. min. Firenze, Trovato L., *La conoscenza delle origini nelle pronunce della Corte costituzionale e della Cedu. Possibili linee ricostruttive*, in *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, a cura di C. Cottatellucci, Torino, 2016, p. 275-309, spec. p. 303.

[31] Ancora Trovato L., *La conoscenza delle origini nelle pronunce della Corte costituzionale e della Cedu. Possibili linee ricostruttive*, cit., p. 304.

[32] Lo rileva Lo Voi, *Mors omnia solvit? Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel caso di morte della stessa*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1130.

[33] Sul punto v., anche per la bibliografia ivi citata, Lombardini, Sub *art. 28 L. 4 maggio 1983 n. 184*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. Zaccaria, cit., p. 1922 ss.

[34] Si tratta della “tutela degli interessi di cui sono portatori i soggetti coinvolti nell'adozione legittimante”, osserva Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, cit., p. 476.

[35] V. Montaruli, *Il parto anonimo in caso di morte della madre e l'estensione dell'accesso alle origini ai fratelli: quale bilanciamento?*, nota a Trib. min. Genova, 23 maggio 2019, in *www.ilmfamiliarista.it* (28 novembre 2019).

[36] Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Foro it.* 2016, I, c. 3114, con *Osservazioni* di Casaburi; in *Nuova g. civ. comm.* 2016, 1484, con nota di Stanzone, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*; in *Fam. e dir.* 2017, p. 15 ss, con nota di Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; in dottrina su anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini, v., ampiamente, Stefanelli, *Diritto all'identità*, in A. Sassi - F. Scaglione - S. Stefanelli, *Le persone e la famiglia*, III, 4, *La filiazione e i minori*, Tr. Sacco2, Milano, 2018, p. 507 ss.; Carbone, *Con la morte della madre al figlio non*

Secondo la Corte l'intervenuta morte della madre biologica, la quale si era avvalsa della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio, dato in adozione, senza che abbia potuto essere interpellata ai fini dell'eventuale revoca di tale dichiarazione, non osta all'accoglimento della domanda del figlio stesso, che chiede di conoscerne le generalità.

Il principio è stato riaffermato, con motivazioni anche più articolate, dalla successiva Cass. civ., sez. I, **9 novembre 2016, n. 22838**[37], la quale riconosce che il diritto dell'adottato - nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata *ex art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396/2000* - ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto (non rilevando nella fattispecie il mancato decorso del termine dei cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto [attestazione di avvenuta nascita] o della cartella clinica di cui all'**art. 93, comma 2 e comma 3, d. lgs. n. 196/2003**), salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti. Va sottolineato che la Cassazione, nella pronuncia **n. 22838/2016**, evidenzia la necessità di "una forma più intensa della tutela della riservatezza", spettante ai genitori biologici, con riguardo alle informazioni relative alla nascita e all'abbandono del figlio, poi adottato, "trattandosi di vicende umane tendenzialmente percepite in modo negativo sul piano etico e sociale".

In estrema sintesi, con le motivazioni che: - l'irreversibilità del segreto negherebbe totalmente il diritto del figlio a conoscere le proprie origini ogni qualvolta manchi oggettivamente, a causa della morte della madre naturale o della sua irreperibilità, la possibilità di revocare l'originaria dichiarazione di anonimato; - si sottoporrebbe così il riconoscimento e l'esercizio di un diritto della persona di rilievo primario ad un fattore meramente eventua-

le, quale il momento in cui si chiede il riconoscimento del proprio diritto; - l'interpretazione della norma, che consideri l'intervenuta morte della donna un ostacolo assoluto al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini da parte dell'adottato, determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, tra i figli nati da donne che hanno scelto l'anonimato, ma non sono più in vita, e i figli di donne che possono essere interpellate sulla reversibilità della scelta fatta alla nascita, la Suprema corte (Cass. **21 luglio 2016, n. 15024**, Cass. **9 novembre 2016, n. 22838**, nonché la confermativa Cass. **7 febbraio 2018, n. 3004**, ord., su cui v. anche nel prosieguo), statuisce il libero accesso da parte del figlio alle informazioni sui dati identificativi della madre biologica che sia morta o irreperibile, a prescindere da un espresso suo consenso a revocare l'anonimato.

Non può non segnalarsi che Cass. **22838/2016** «ha superato» il principio - non intaccato neppure dalla pronuncia della Corte costituzionale del 2013 - secondo cui mai è consentito l'accesso alle informazioni identificative della donna, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, senza il consenso quest'ultima; per sostituirvi l'opposto principio, secondo cui, (almeno) alla sua morte, detto accesso è consentito a prescindere dal suo consenso o, addirittura, contro la sua espressa volontà in senso contrario»[38]. Si consideri che mentre l'interpello della madre biologica - che si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata al momento del parto - in forza di una revoca espressa dell'originaria dichiarazione rende possibile il superamento della rigidità del parto in anonimato (Corte cost. **n. 278/2013**), e quindi l'accesso ai dati identificativi della stessa, con le due pronunce del 2016 in esame la Cassazione "si è richiamata al principio, affermato dalla Corte costituzionale, di "reversibilità del segreto" non tanto per colmare una lacuna normativa [...], quanto per disapplicare una regola legale", l'**art. 93, comma 2, Codice privacy**, che, come noto, rende "accessibili a chi vi abbia interesse" i dati personali identificativi della donna

è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto, in *Corr. giur.*, 2017, p. 24; sulla tutela del diritto alla riservatezza dopo la morte del suo titolare, su cui non è possibile soffermarsi in questa sede, v. Tescaro, *La tutela post mortem dei diritti della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *www.juscivile.it*, 2014.

[37] Cass. civ., sez. I, **9 novembre 2016, n. 22838**, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3784, con *Osservazioni* di Casaburi; in *Guida dir.*, 2017, n. 6, p. 52 ss., con nota critica di M. Finocchiaro, *La Cassazione "fa sue" le prerogative del legislatore*, in *Nuova g. civ. comm.* 2017, p. 319 ss., con nota di Stanzone, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, con la ricostruzione dell'evoluzione del diritto di conoscere le proprie origini nell'ordinamento italiano e nei maggiori ordinamenti europei; in *Fam. e dir.* 2017, p. 19 ss. con nota di Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; in *Rass. d. civ.*, 2017, p. 673, con nota di Tescione, *L'anonimato materno: un diritto al banco di prova*.

[38] Così Granelli, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *www.jus civile*, 2016, p. 569.

che, all'atto del parto, abbia dichiarato di non voler essere nominata, soltanto decorsi cento anni dalla formazione del documento, e non alla sua morte<sup>[39]</sup>. Né può sfuggire la necessità di tutelare i discendenti della madre biologica anonima, su cui si è espressa di recente anche la giurisprudenza di merito<sup>[40]</sup>.

Per inciso, si ricorda che le due pronunce in discorso sono state richiamate, e quindi legittimate, da Cass. sez. un. n. 1946/2017, cit. e che la Corte di cassazione è tornata ad esprimersi sulla questione con l'ordinanza n. 3004/2018. Cass. civ., ord., 07/02/2018, n. 3004 è in linea con le precedenti sopra citate pronunce del 2016, ne riprende il percorso argomentativo, ampliando però il perimetro della questione, giacché l'irreperibilità della madre viene equiparata al decesso, e sottolineando l'indispensabile «reversibilità del segreto». Riafferma pertanto che sussiste il diritto del figlio, nato da parto anonimo, di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative all'identità personale della madre, anche se la stessa siamorta o irreperibile e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto mediante interpello; poiché non può ritenersi operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine, stabilito dal d.lgs. n. 196 del 2003, che permette l'acquisizione dei dati relativi alla propria nascita solo decorsi cento anni dalla data del parto, infatti, una diversa soluzione “determinerebbe la cristallizzazione della scelta dell'anonimato da parte della madre anche dopo la sua morte e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio, in evidente contrasto con la necessaria reversibilità del segreto”, considerato “l'affievolimento, se non la scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il cor-

so della vita della madre, proprio in ragione della revocabilità di tale scelta”<sup>[41]</sup>.

### 3.1. Espansione del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini e conseguente estensione dell'interpello a fratelli e sorelle biologici

Sulla questione, e precisamente sotto il profilo dell'espansione soggettiva del diritto di conoscenza delle proprie origini da parte dell'adottato con riguardo a fratelli e sorelle biologici, è intervenuta, di recente, Cass. civ. 20 marzo 2018 n. 6963<sup>[42]</sup>, che ha enunciato il seguente principio: l'adottato che abbia compiuto venticinque anni di età ha diritto, nei casi di cui alla L. n. 184/1983, art. 28, comma 5, legge adoz. di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti, non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quella delle sorelle e fratelli biologici adulti, previo interpellodi questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto.

Occorre chiarire fin da subito un punto essenziale: la sentenza Cass. n. 6963/2018 concerne la fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 28 legge adoz., vale a dire i casi dell'adottato riconosciuto alla nascita e poi dato in adozione che chiede di conoscere le proprie origini, e non la fattispecie dell'adottato, nato da madre che abbia scelto il c.d. parto in anonimato, che chiede l'accesso alle proprie origini e ai dati identificativi della madre naturale disciplinata dal comma 7 dello stesso art. 28. Ora, il citato com-

[39] Per il virgolettato v. ancora Granelli, *ibidem*; v. anche sul punto Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., p. 624 ss., spec. p. 633; De Belvis, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in *Fam e dir.* 2017, p. 937 ss., spec. p. 941 s.; Renna, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, cit., p. 82.

[40] V., di recente, Trib. min. Genova, decreto 13-23 maggio 2019, da leggersi in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it) (09 settembre 2019), con Osservazioni di Nocera e in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it) (28 novembre 2019) con nota di Montaruli, *Il parto anonimo in caso di morte della madre e l'estensione dell'accesso alle origini ai fratelli: quale bilanciamento?*; anche parte della dottrina ha sottolineato la mancata tutela, effettiva, nelle citate pronunce, dei discendenti della madre “anonima”: v., per tutti, Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, cit., p. 15 ss. e p. 19 ss.; nonché, ampiamente, sotto diversi profili, M. Finocchiaro, *La Cassazione “fa sue” le prerogative del legislatore*, cit., p. 57 ss., spec. p. 59 s.

[41] Così Cass. civ. n. 3004/2018, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com). Per una riflessione in merito a tutela dei dati personali e morte dell'interessato, v., anche per la bibliografia ivi citata, Sasso, *La tutela dei dati personali “digitali” dopo la morte dell'interessato (alla luce del Reg. UE 2016/679)*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, p. 181, spec. p. 191 e p. 204 s.

[42] Cass. civ. 20 marzo 2018 n. 6963 (cassa App. Torino, decr. 27-12-2013), in *Foro it.* 2018, I, c. 1134 ss. con nota di Casaburi, *Privilegia ne inroganto. La Cassazione/legislatore riconosce e insieme limita il diritto alle origini nei confronti delle sorelle e dei fratelli biologici*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, I, p. 1223, con nota di Long, *L'adottato adulto ha diritto a conoscere l'identità dei fratelli biologici, se essi vi consentono*; in *G. cost.*, 2018, p. 1504 ss., con nota di Astone, *Sul diritto dell'adottato a conoscere le generalità delle proprie sorelle*.

ma 5 prevede, come noto, che «L'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica».

Dunque, “*Much Ado About Nothing?*” Non esattamente. Infatti, la Suprema Corte ha dato della citata disposizione (comma 5, art. 28 legge adoz.) una interpretazione «costituzionalmente e convenzionalmente orientata», di fatto una lettura estensiva. Il punto *clou* del percorso argomentativo seguito da Cass. n. 6963/2018 è il seguente: considerato che il comma 5 dell'art. 28 prevede che «l'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine “e” l'identità dei propri genitori biologici», è necessario “stabilire se la formula legislativa possa essere qualificata come un'endiadi e, conseguentemente, esprimere un concetto unitario per il tramite di due termini coordinati ovvero se formula congiunta abbia una valenza pleonastica, o se contenga, invece, due ambiti d'informazioni non necessariamente coincidenti. [...] Il riferimento alle origini, congiunto con quello relativo all'identità dei genitori biologici, può implicare uno spettro più esteso d'informazioni, al fine di ricostruire in modo effettivo il quadro dell'identità personale”. La Corte opta per quest'ultima soluzione: una “interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata” della norma, cosicché il diritto di accedere alle informazioni sulla propria origine include oltre ai genitori biologici, in particolare nel caso in cui non sia possibile risalire ad essi, anche i congiunti come i fratelli e le sorelle, pur se non esplicitamente richiamati dalla disposizione. “La natura del diritto e la funzione di primario rilievo nella costruzione dell'identità personale, che viene riconosciuta alla scoperta della personale genealogia biologico-genetica”, chiarisce la Corte, “induce ad accogliere tale interpretazione estensiva”. Peraltro, aggiunge la Cassazione, poiché il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini rispetto ai fratelli non ha natura potestativa, è necessario procedere in concreto al bilanciamento degli interessi tra le due posizioni, vale a dire tra il diritto del richiedente adottato di conoscere le proprie origini e quello dei fratelli e delle sorelle a non voler rivelare la propria parentela biologica e a non voler mu-

tare la costruzione della propria identità attraverso la conoscenza di informazioni ritenute negativamente incidenti sul raggiunto equilibrio di vita. Per realizzare il corretto bilanciamento fra le due posizioni, almeno astrattamente in conflitto, deve riconoscersi, a fratelli e sorelle componenti del nucleo familiare originario il diritto di essere interpellati in ordine all'accesso alle informazioni sulla propria identità, trovandosi a confronto posizioni giuridiche soggettive di pari rango.

Così Cass. n. 6963/2018 equipara la posizione di fratelli e sorelle biologici dell'adottato a quella della madre naturale, che aveva optato per il parto in anonimato, per cui il diritto alla conoscenza delle proprie origini da parte dell'adottato istante deve trovare adeguato bilanciamento con posizioni soggettive contrapposte di fratelli e sorelle biologici, quali il diritto all'oblio e alla riservatezza. Ancora, il diritto a conoscere le proprie origini è limitato all'accesso, riservato, alle informazioni relative all'identità delle sorelle e fratelli biologici adulti, con esclusione di vincoli di parentela o relazionali e con obbligo di trattamento dei dati personali conosciuti non lesivo dei diritti altrui e il procedimento di interpellato sarà esperito seguendo i protocolli elaborati dai vari tribunali per i minorenni, richiamati e da Cass. sez. un. n. 1946/2017 (su cui v. *supra* i §§ n. 2. e 2.1.).

È indubbio che Cass. civ. n. 6963/2018 opera «una progressiva valorizzazione del diritto alle origini, al di là di quelli che sono i rapporti giuridici formali di parentela, che l'adozione piena determina»<sup>[43]</sup> e pare sottovalutare il rischio che un accesso indiscriminato alle proprie origini da parte dell'adottato può comportare, oltre che per il medesimo (cfr. art. 28, comma 6, legge adoz.) anche per la tutela degli interessi della “controparte”, eventualmente della madre, se defunta o irreperibile, e soprattutto per gli eventuali terzi, suoi discendenti, che potrebbero trovarsi coinvolti nella vicenda. Infatti, anche se la sentenza concerne il comma 5 legge adoz., quindi l'istante è l'adottato riconosciuto alla nascita, adottato spesso non in tenerissima età e che sovente ha convissuto con i fratelli e le sorelle, eventualmente con i nonni, nella famiglia di origine, dei quali conserva il ricordo, e che dunque fanno parte del suo vissuto e così altrettanto per i fratelli e le sorelle<sup>[44]</sup>, non deve però trascurarsi che la questione dell'accesso alle proprie origini biologiche necessariamente si

[43] Figone, *Adozione: sì alla conoscenza dei fratelli e delle sorelle*, in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it) (14 agosto 2018).

[44] Con riferimento alla ricerca dei fratelli e delle sorelle adottati, v. le riflessioni di Lenti, *L'adozione*, in *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti-M. Mantovani), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da P. Zatti, II, cit., p. 401 s., che si pone dal punto di vista dell'adottato richiedente e altre-

correla “alla tutela di cui sono portatori tutti i soggetti coinvolti nell’adozione legittimante” (non solo l’adottato, ma anche adottanti, genitori biologici e loro congiunti), e che è “un complesso intreccio di interessi”<sup>[45]</sup>.

Quindi, la pronuncia Cass. n. 6963/2018, che (con riferimento al comma 5 dell’art. 28, legge adoz.) estende il diritto dell’adottato adulto alla conoscenza delle proprie origini anche a fratelli e sorelle biologici previo loro interpellato, solleva qualche perplessità, perché, in definitiva, e tutto considerato, non può negarsi che l’interpello, pur se condotto con le “opportune cautele”, possa costituire una grave intrusione nella vita di questi ultimi e sconvolgere delicati assetti familiari e relazionali<sup>[46]</sup>, situazioni concrete che solo il giudice potrà valutare. Pertanto sarebbe opportuno attribuire “espressamente” al giudice il potere-dovere di una previa valutazione della validità dei motivi sottostanti all’istanza<sup>[47]</sup>.

#### 4. Rilievi conclusivi

In chiusura, alla luce di quanto esposto pare opportuno rilevare che il dibattito ancora aperto sul tema oggetto del presente scritto non dovrebbe più vertere sull’ormai acquisito diritto dell’adottato di accedere - per motivi identitari o di salute - alla conoscenza delle proprie origini biologiche, compresi, se del caso, i dati identificativi della madre naturale, che si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata al momento del parto, previo suo interpellato<sup>[48]</sup>, bensì dovrebbe piuttosto riguardare, a nostro avviso, in attesa di un compiuto intervento del legislatore<sup>[49]</sup> le modalità di esercizio di questo diritto e i limiti del me-

desimo, nonché i possibili strumenti alternativi e/o complementari all’interpello, per tentare di superare le criticità di cui si è detto.

In attesa di un intervento organico del legislatore, che riscriva, come da più parti si auspica, la legge 4 maggio 1983, n. 184, oppure anche solo di un intervento parziale, o meglio, “settoriale” limitato alla questione oggetto del presente scritto, è logico chiedersi che cosa si possa “fare” nell’immediato.

Una priorità ci sembra sia quella di assicurare la facile accessibilità dei dati non identificativi, *in primis* sanitari, in stretta relazione con la loro utilizzabilità ai fini medici, essendo la conoscenza dei dati biologici funzionale alla tutela della salute.

Preso atto che un gran numero di istanze volte ad esercitare il diritto di accesso alle proprie origini biologiche è presentato per motivi di salute, e considerato che ai sensi del comma 3 dell’art. 93 Codice protezione dati personali (Codice *privacy*), prima del decorso dei cento anni, per motivi sanitari “la richiesta di accesso al certificato [di assistenza al parto o, attualmente, attestazione di avvenuta nascita] o alla cartella clinica può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificabile”, resta il problema che, spesso, le informazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all’eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili, sono generiche e incomplete<sup>[50]</sup>, spesso insufficienti, per esempio, per

si dal punto di vista opposto, dei fratelli e sorelle ricercati; Auletta, *Sul diritto dell’adottato di conoscere la propria storia: un’occasione per ripensare alla disciplina della materia*, cit., p. 486 s.

[45] Per il virgolettato v. ancora Auletta, *Sul diritto dell’adottato di conoscere la propria storia: un’occasione per ripensare alla disciplina della materia*, cit., p. 476 s..

[46] In tal senso, di recente, anche Trib. min. Genova, decr., 23 maggio 2019, cit.

[47] Così, condivisibilmente, un magistrato, Trovato L., *La conoscenza delle origini nelle pronunce della Corte costituzionale e della Cedu. Possibili linee ricostruttive*, cit., p. 307; v. già in tal senso Trib. min. Bologna, 30 gennaio 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 656, che aveva positivamente valutato la finalità strettamente sanitaria della richiesta di conoscenza delle proprie origini e “l’assenza del rischio di ricatti affettivi”.

[48] *Si tratta di un organo non giurisdizionale, una sorta di Autorità amministrativa indipendente, “a composizione mista e paritetica” - magistrati, rappresentanti di associazioni, medici - posta presso il Ministro degli affari sociali. V. www.cnaop.gouv.fr.*

[49] Infatti (v. *supra* i §§ 2 e segg.) il consolidato riconoscimento, graduale ma *in progress*, del citato diritto dell’adottato pare essere il denominatore comune di tutta la recente giurisprudenza di legittimità in argomento.

[50] Che rivisiti in modo organico anche la vigente legge adoz., intervento non certo prossimo, se si considerano da un lato le differenti priorità che l’attuale situazione sanitaria ed economica impongono, dall’altro la difficoltà di approvazione di una nuova normativa su temi divisivi, perché eticamente sensibili: si pensi al disegno di legge n. 1978 del 18 giugno 2015 (frutto dell’unificazione di più iniziative parlamentari) che è rimasto fermo in Commissione ed è poi decaduto al termine della precedente legislatura, nonché al più recente disegno di legge 7 novembre 2018, n. 922, “*Norme in materia di diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche*” ad iniziativa dei senatori S. Pillon e F. Urraro, osannato da alcuni ed aspramente criticato da altri, da leggersi tutti al momento in cui si scrive, in *www.senato.it*.

orientare nella cura di malattie geneticamente trasmissibili: non conoscendo la propria anamnesi familiare in caso di necessità l'adottato non potrebbe ricorrere alla donazione di organi o di cellule da parte di individui (fratelli, genitori) geneticamente affini, anche se la Corte Costituzionale nella sentenza n. 278/2013 ha dichiarato essere «Altrettanto evidente che debba, inoltre, essere assicurata la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico». E deve riconoscersi che qualora i dati sanitari fossero completi, conservati correttamente e facilmente accessibili si ridurrebbe probabilmente il numero delle istanze di accesso ai dati identificativi della madre biologica e, quindi, dei procedimenti di interpello della medesima.

Pertanto, considerato che la possibilità di accesso agli elementi non identificativi e, a maggior ragione, identificativi, per quanto autorizzabile allo stato attuale della normativa, può essere vanificata dalla mancata regolamentazione delle modalità di raccolta e conservazione dei dati medesimi, si potrebbero introdurre (siglare e mettere in atto) delle c.d. Prassi uniformi (a livello nazionale o almeno regionale) da seguire nelle strutture ospedaliere, nei casi di parto in anonimato o nelle situazioni di non riconoscimento materno, per la raccolta, comunicazione e conservazione delle informazioni e dei dati. A titolo esemplificativo (non essendo possibile soffermarsi sul tema in questa sede, esorbitando ciò dai limiti imposti al presente contributo) si veda, sulle "Buone prassi sanitarie", il Documento elaborato dal Gruppo di lavoro "Ospedali e nascite" Servizio Madre segreta, Settore Centro assistenza minori e famiglia - Provincia di Milano, nel giugno 2014[51].

Non solo, ma allo scopo di assicurare la qualità e l'omogeneità dell'intervento socio sanitario, nonché il necessario raccordo con il tribunale per i minorenni, si potrebbero altresì adottare dei Protocolli di Intesa, fra tribunale per i minorenni, comune/provincia e Azienda sanitaria locale finalizzati a definire le linee operative e le procedu-

re condivise per una corretta gestione dei casi di parto in anonimato (e di nascita di neonato non riconosciuto da uno o da entrambi i genitori). Un raro esempio è il recente Protocollo di Intesa, "per il parto in anonimato", siglato in data 13 luglio 2017, tra il Tribunale per i minorenni di Taranto, la Procura della Repubblica per i minorenni di Taranto e la ASL di Taranto[52]. Il Protocollo "operativo" adottato concerne il *Parto in anonimo ed altre situazioni di pregiudizio per i neonato*, e mira: - a dettare disposizioni per la struttura ospedaliera in merito alla conservazione degli atti e dei dati sanitari, della donna che decide di partorire in anonimato e del neonato, nonché dei dati identificativi della medesima; - a rendere edotta la madre, che dichiara di non voler essere nominata, della normativa vigente in materia e del diritto del figlio di conoscere le proprie origini biologiche; nonché, ed è questo il punto innovativo ed essenziale, - a prevedere le procedure operative condivise per consentire, in futuro, l'esercizio del c.d. diritto a conoscere le proprie origini da parte del figlio poi adottato. Ancora, si può richiamare come esempio, il *Protocollo d'intesa per le buone prassi* tra il Tribunale per i minorenni di Roma (Presidenza) e il Comune di Roma (Dipartimento V Politiche sociali e della salute)[53].

Con riferimento poi all'auspicato intervento, se pur parziale e ridotto ai "minimi termini", del legislatore, sulla materia oggetto del presente scritto, l'intervento potrebbe incentrarsi su due aspetti, strettamente connessi: la revoca del segreto da parte della madre e il procedimento di interpello, di cui si sono messe in luce, *supra*, alcune criticità.

Considerato che la revocabilità della dichiarazione della madre biologica di non voler essere nominata costituisce "il punto di equilibrio costituzionalmente necessario" tra il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini-diritto all'identità e le ragioni di tutela della madre, "della sua immagine, della reputazione sociale e familiare, e di riflesso della sua esistenza libera dai condizionamenti negativi" derivanti da quella scelta[54], al fi-

[51] E per i motivi più diversi: fretolosità nella raccolta, dati risalenti nel tempo, o perché la donna che sceglie l'anonimato "si avvicina alla struttura pubblica poche ore prima del parto e lascia l'ospedale appena possibile"; inoltre "le prassi di raccolta dei dati anamnestici attualmente in uso presso i punti nascita e gli stessi esami medici effettuati nelle neonatologie sono molto diversificate e fondamentalmente affidate alla sensibilità della singola persona responsabile dei reparti", rileva Trovato L., in *Audizioni al Senato sul d.d.l. 1978 e 1765*, 20 febbraio 2017, in [www.senato.it](http://www.senato.it)>files > 1978\_-\_raccolta\_contributi.

[52] Da leggersi in [www.cittametropolitana.mi.it](http://www.cittametropolitana.mi.it)> Madre\_Segreta > doc; progetto simile in Toscana denominato «Mamma segreta», nel Lazio «Progetto di tutela della nascita».

[53] In [www.sanita.puglia.it](http://www.sanita.puglia.it).

[54] In [www.hsangiovanni.roma.it](http://www.hsangiovanni.roma.it). Nel Protocollo, che risale al 29 ottobre 2007, si sottolinea la necessità, a garanzia della salute del bambino, di "registrare tutti i dati anamnestici materni, [...] tutti gli esami diagnostici indispensabili all'accertamento di patologie a trasmissione genetica", e, qualora la donna non acconsen-



ne di diminuire o almeno contenere il numero dei procedimenti di interpello della madre naturale, si potrebbe prevedere la reversibilità del segreto ad istanza della madre, mediante la revoca, in ogni tempo, della dichiarazione di non voler essere nominata, dunque la facoltà per la donna di rinunciare preventivamente all'anonimato a prescindere dall'istanza del figlio<sup>[55]</sup>, come già è previsto in altri ordinamenti.

Ci si chiede altresì se lo strumento dell'interpello della madre biologica, così come procedimentalizzato, con istanza presentata al tribunale per i minorenni, sia l'unica soluzione possibile compatibilmente con le indicazioni espresse da Corte cost. n. 278 del 2013, o se possa prospettarsi una scelta di mezzi più adatti (deflazionando al contempo il contenzioso a carico dei tribunali per i minorenni) per assicurare equamente la conciliazione dell'anonimato della madre con la domanda del figlio in seguito adottato di avere accesso alle informazioni sulle proprie origini e ai dati identificativi della madre.

La Francia, per esempio, si è dotata di un apposito meccanismo, deformalizzato, e, soprattutto, "diacronico", come riconosciuto anche da Corte edu nella sentenza del 25 settembre 2012, ric. 33783/09, Godelli c. Italia, mediante l'istituzione di un organo collegiale (il *Conseil National pour l'accès aux origines personnelles* c.d. CNAOP)<sup>[56]</sup>. Il *Conseil*, creato con la legge n. 2002-93 del 22 gennaio 2002, ha come obiettivo essenziale quello di facilitare l'accesso alle proprie origini biologiche, in collegamento e collaborazione con il rappresentante in ogni "département" (provincia) e con gli enti autorizzati a occuparsi di adozioni. Si rivolgono al CNAOP i figli non riconosciuti alla nascita o nati da parto anonimo, adottati, o non adottati in carico ai servizi sociali (*pupilles de l'État*), per conoscere le proprie origini (da-

ti sanitari e/o generalità dei genitori biologici), ma altresì questi ultimi (non solo la madre, ma anche il padre), che, avendo chiesto il segreto sulla loro identità possono, in qualunque momento, rimuovere il segreto. Inoltre, attualmente, la legislazione francese, pur riaffermando per la donna il diritto del parto in anonimato, rafforza per la medesima le possibilità di revocare la sua decisione, aumentando al contempo le possibilità di informazioni lasciate per il figlio (che costituiscono, ci pare, quasi una sorta di revoca indiretta *e/o pro futuro*)<sup>[57]</sup>. Pertanto, nel caso in cui il figlio presenti istanza al fine di conoscere le proprie origini familiari e genetiche, il *Conseil* solo qualora dall'incrocio dei dati non risulti la revoca dell'anonimato da parte del genitore biologico farà contattare nella massima riservatezza, dal personale specializzato del département (provincia), il genitore naturale (di solito la madre) rimasto anonimo, allo scopo di verificare la sua volontà di mantenere l'anonimato o, invece, di rimuoverlo consentendo così al figlio l'accesso a tutti i dati conservati presso il CNAOP, non solo a quelli sanitari. Ancora, e non è un aspetto di poco conto, all'art. L.147-7 del *Code de l'action sociale et des familles* è previsto che l'accesso alle proprie origini biologiche: - non ha alcun effetto sullo stato civile e sul rapporto di filiazione (e dunque non incide sul rapporto di adozione); - «non dà origine ad alcun diritto o obbligo a beneficio o a carico di nessuno»<sup>[58]</sup>.

Non può non rilevarsi che, introducendo una normativa analoga nel nostro ordinamento, il procedimento di interpello della madre, che ha dichiarato di non voler essere nominata alla nascita del figlio, diverrebbe con tutta probabilità una ipotesi residuale.

tisse, si indicano "le analisi che 'comunque' dovranno essere fatte al bambino" nonché, "ove necessario, ulteriori accertamenti diagnostici, senza ulteriori autorizzazioni o richieste".

<sup>[55]</sup> Stefanelli, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass. sez. un., n. 1946 del 2017*, cit., p. 1061.

<sup>[56]</sup> È questo un rilievo diffuso: v. Balestra, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici* (nota a Corte Cost. 25 novembre 2005, n. 425), in *Famiglia* 2006, II, p. 155 ss., spec. p. 161; Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il "dilemma" del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in G. Gabrielli - S. Patti - A. Zaccaria - F. Padovini - M.G. Cubeddu Wiedemann - S. Troiano (a cura di), *Liber amico rum per Dieter Henrich*, Parte generale e persone, Torino, Giappichelli, 2012, p. 204.

<sup>[57]</sup> Infatti, oltre alla possibilità già esistente di revocare, in ogni momento, il segreto, la legge del 2002 prevede: - la possibilità di lasciare i propri dati identificativi per il figlio, in busta chiusa che sarà aperta se un giorno il figlio farà richiesta di accesso ai dati sulle proprie origini biologiche; - la possibilità di lasciare delle informazioni non identificative, che permetteranno al figlio di comprendere le circostanze dell'abbandono; la possibilità di lasciare i propri dati identificativi nel *dossier*, affinché il figlio possa, se lo vorrà, ritrovarli.

<sup>[58]</sup> L'art. 1 147-7, inserito nel *Code de l'action sociale et des familles* dalla legge n. 2002-93 del 22 gennaio 2002, recita infatti: «L'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit» (in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

## ESECUZIONE PER CONSEGNA DI BENI MOBILI

# L'esecuzione per consegna di beni mobili e l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 33723 del 18.12.2019

di Elisa Giardini

DEL 8 GIUGNO 2020

### Sommario

1. L'esecuzione in forma specifica per consegna e rilascio. Aspetti e distinzioni rispetto all'esecuzione per espropriazione
2. Un recente intervento sul tema della Corte di Cassazione: l'ordinanza n. 33723 del 18.12.2019

### 1. L'esecuzione in forma specifica per consegna e rilascio. Aspetti e distinzioni rispetto all'esecuzione per espropriazione

Nell'ambito della responsabilità patrimoniale del debitore *ex art. 2740* s.s. c.c., della generale realizzazione coattiva di un credito ed, *in species*, rispetto al diritto del creditore alla consegna di una cosa mobile determinata (o al rilascio di un determinato bene immobile), strette e molteplici sono le correlazioni e l'integrazione esistenti tra le norme del Codice di Rito e quelle del Codice di diritto sostanziale.

L'*art. 2930 c.c.*, infatti, nell'introdurre la sezione seconda (capo secondo, titolo quarto) del libro sesto del Codice Civile, dedicata alla c.d. esecuzione in forma specifica, dispone che "se non è adempiuto l'obbligo di consegnare una cosa determinata, mobile o immobile, l'avente diritto può ottenere la consegna o il rilascio forzati, a norma delle disposizioni del Codice di Procedura civile", cioè secondo gli artt. *605-611 c.p.c.*<sup>[1]</sup>

L'espressione "esecuzione in forma specifica" individua una forma di tutela esecutiva che si contrappone - pur

se parte del medesimo *genus* - all'esecuzione forzata per espropriazione<sup>[2]</sup>.

Si delineano, così, nel Codice due modi di procedere alla realizzazione dell'interesse<sup>[3]</sup> sotteso ad un diritto soggettivo leso, tra loro diversi soltanto perché diversi sono gli obblighi rimasti inadempiti, ma che fanno in ogni caso a meno della prestazione dell'obbligato e presuppongono, quindi, la fungibilità dell'obbligo, modi che tendono a realizzare sempre quell'interesse e non un altro per equivalente.

Detto in altri termini, l'esecuzione per espropriazione non si differenzia da quella in forma specifica perché essa fornisce all'avente diritto qualcosa di diverso da ciò a cui egli ha appunto diritto di ottenere sul piano sostanziale. La differenza, piuttosto, si sostanzia nel fatto che mentre nell'esecuzione per espropriazione il bene dovuto dal debitore non coincide con il bene aggredito, nell'esecuzione in forma specifica, invece, il bene dovuto coincide proprio con quello aggredito.

La prima forma - quella per espropriazione - proprio perché deve realizzare un credito pecuniario, procede attra-

[1] Si legga Trib. Bari, n. 2622 del 18.05.2016, in SmartLex - IlSole24Ore. La fattispecie di merito riguardava una locazione commerciale: "[...] quando nel giudizio per l'inadempimento del locatore risulti incontestato che non vi è stata la consegna dell'immobile oggetto del contratto di locazione, detto inadempimento costituisce oltre che causa del risarcimento del danno eventualmente subito dal conduttore, motivo sufficiente per ottenere la risoluzione del contratto. [...] È tuttavia pacifico che in luogo della risoluzione il conduttore abbia la facoltà, anche in base allo specifico interesse sotteso, di chiedere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo del locatore di consegnargli l'immobile attraverso la procedura esecutiva da cui al combinato disposto degli artt. *2930 c.c.* e *605 s.s. c.p.c.*".

[2] Cosa ben diversa dalla distinzione, tutta sostanziale, tra la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente, che attiene alle diverse scelte che il Legislatore può effettuare, a fronte della lesione di un diritto altrui, potendo derivare dall'evento o il risarcimento del danno o la nascita di obblighi strumentali, al fine di ripristinare l'interesse leso, ossia essenzialmente la situazione antecedente l'illecito. Si leggano, a riferimento, gli artt. *1223* e *2058 c.c.*

[3] Il bene o l'adempimento della prestazione, ovvero l'oggetto originario del contenuto dell'obbligazione sorta tra le parti.

verso trasformazioni giuridiche, ossia con la liquidazione dei beni del debitore, beni che, lungi dall'essere pre-individuati nel titolo esecutivo, sono di contro individuati nel corso della procedura esecutiva. Con la conseguenza che così si espropriano diritti appartenenti al debitore (l'oggetto dell'esecuzione), al fine di realizzare il diritto di credito del creditore (il motivo per cui si procede).

Con l'esecuzione in forma specifica, almeno in quella per consegna o rilascio[4], invece, si sostituisce un obbligo relativo ad un bene, al fine di ricondurre la situazione di fatto alla situazione di diritto, che è rappresentata nel titolo esecutivo: il processo esecutivo, in questo caso, non produce modificazioni giuridiche, non individua né liquida beni-strumento, utili alla realizzazione del credito-fine, ma si limita a rendere oggetto dell'aggressione proprio quel bene dovuto, che è già specificamente pre-individuato nell'atto costituente il titolo esecutivo e nel precetto[5], ed il diritto del creditore si realizza nella sua identità specifica. Il percorso esecutivo, pertanto, ha il solo scopo di trasferire il potere di fatto su un bene determinato, mobile o immobile, dall'obbligato all'avente diritto, senza che questa operazione possa o debba produrre modificazioni giuridiche in ordine ad esso[6].

Ciò è possibile ogni volta che sul piano sostanziale si configuri un obbligo di consegna o di rilascio rimasto non adempiuto, a prescindere dal tipo di diritto cui quell'ob-

bligo è correlato o dal tipo di situazione giuridica originariamente lesa (sia essa relativa a diritti reali o a rapporti di obbligazione).

Inoltre, il tipo di esecuzione in parola ha come limite naturale l'impossibilità di provocare modificazioni giuridiche sostanziali in ordine all'attribuzione del bene che ne è oggetto. O, in altri termini, è inutilizzabile se attraverso quell'esecuzione si dovessero cercare di realizzare quei mutamenti[7].

Resta inteso che, anche nella forma c.d. specifica, l'esecuzione non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo "per un diritto certo, liquido ed esigibile", che ne costituisce sempre presupposto ed antecedente logico e cronologico imprescindibile.

Sotto questo aspetto, però, vi sono alcune distinzioni da richiamare. Non tutti gli atti a cui la legge attribuisce la qualità di titolo esecutivo possono, infatti, fondare un'esecuzione forzata per consegna o per rilascio.

L'art. 474 c.p.c., dopo avere elencato, al comma 2, i titoli esecutivi, specifica che detta forma di esecuzione può avere luogo solo in virtù di quelli di cui ai n. 1 e 3 del citato comma 2.

Tra i titoli stragiudiziali, dunque, una simile esecuzione può fondarsi solo su un "atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli", con esclusione della scrittura privata autenticata[8].

[4] L'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare, pure conosciuta dall'ordinamento (artt. 2931 e 2933 c.c. e artt. 612 s.s. c.p.c.), è diretta invece a far conseguire al creditore la medesima prestazione specifica di fare, oggetto del suo diritto, ovvero l'eliminazione di quanto posto in essere dal debitore in violazione del suo obbligo di non fare.

[5] Si consideri che l'art. 605 c.p.c., a questo riguardo, specifica che il precetto, oltre alle indicazioni di cui all'art. 480 c.p.c., deve contenere un *quid pluris*, cioè anche la descrizione sommaria dei beni - rispettivamente mobili o immobili - per i quali si effettua la richiesta esecutiva di consegna o di rilascio.

[6] Si legga, *ex multis*, Cass. Civ., sez. 3, n. 10865 del 28.06.2012, in CED, Cassazione, 2012: "Nella procedura di esecuzione per consegna o per rilascio, posto che scopo della medesima è il trasferimento del potere di fatto sul bene indicato nel titolo dall'esecutato all'esecutante, di talché il suo effetto consiste in una modificazione della situazione materiale, il giudice dell'esecuzione è privo della potestà di risolvere questioni giuridiche in ordine al diritto di procedere *in executivis* ed il suo ambito di intervento è limitato alla soluzione di problemi pratici relativi al *modus procedendi* in concreto necessario per adeguare la realtà fattuale al comando da eseguire. Ne consegue che le <difficoltà>, le quali a norma dell'art. 610 c.p.c., abilitano le parti e l'ufficiale giudiziario a sollecitare al giudice provvedimenti temporanei, possono implicare, per la loro soluzione, anche l'interpretazione del titolo esecutivo, ai fini dell'individuazione della sua portata soggettiva o dell'identificazione dei beni, ma esclusivamente in vista dell'attuazione della tutela esecutiva".

[7] Il problema si è posto nel caso di vendita di cose determinate solo nel genere, ipotesi in cui si deve distinguere a seconda che il contratto abbia o meno efficacia reale ex art. 1376 c.c. Infatti, se il trasferimento della proprietà della cosa si ha con il solo perfezionamento del consenso delle parti (art. 1377 c.c.), allora l'obbligo inadempito di consegna può essere attuato esecutivamente per mezzo dell'esecuzione per consegna. Se, di contro, la proprietà dei beni venduti "passa" con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti e nei modi da esse stabiliti ex art. 1378 c.c., allora all'eventuale inadempimento non può seguire l'esecuzione per consegna (né, in ipotesi, quella per obblighi di fare, in sostituzione dell'attività di specificazione), perché in tale caso il processo esecutivo si sostituirebbe all'aspetto sostanziale e produrrebbe il trasferimento di proprietà che non si è già prodotto nel merito, andando a ledere il principio di cui all'art. 2741 c.c. di *par condicio creditorum*. Così V. Montesano, Esecuzione Specifica, in Enc. Dir., XV, Milano, 1966, p. 542 s.s., ma anche C. Mandrioli, Esecuzione per consegna o rilascio, in Digesto Civ., VII, Torino, p. 991 s.s. G. F. Ricci, Diritto processuale civile, Vol. III, VI ed., Giappichelli, Torino, p. 138 s.s. aggiunge, quale motivo ulteriore, la considerazione che ammettendo ciò si finirebbe per consentire all'ufficiale giudiziario di procedere lui alla specificazione di cui all'art. 1378 c.c., cosa invece non consentita, se non alle parti e nei modi stabiliti dalla legge.

[8] Avendo la L. n. 263 del 28.12.2005 limitato l'efficacia esecutiva di quest'ultima alle sole obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro. Si veda Cass. Civ.,

Tra i titoli giudiziali, invece, si annoverano non solo le sentenze e gli altri provvedimenti giudiziari - decreti ed ordinanze - cui la legge attribuisce espressamente l'efficacia esecutiva, ma anche i c.d. "altri atti", categoria che si riferisce ad una fattispecie ampia di provvedimenti, in cui emerge una "cooperazione" e compartecipazione tra i soggetti privati ed il giudice<sup>[9]</sup>.

Tra le altre differenze, occorre menzionare quella attinente il soggetto passivo dell'esecuzione: se l'esecuzione per consegna o rilascio ha, infatti, e come riferito, lo scopo di trasferire il potere di fatto su un bene specificamente già individuato nel titolo esecutivo e nel precetto, soggetto passivo dell'esecuzione è e sarà colui che ha quel potere sulla *res*, a prescindere dalla sua posizione di obbligato o meno ed a prescindere dall'essere indicato come il soggetto passivo nell'atto costituente il titolo esecutivo.

L'ordine contenuto in una sentenza di condanna al rilascio [ma analoghe considerazioni valgono per l'ipotesi di consegna] spiega, infatti, efficacia nei confronti non solo del destinatario della relativa statuizione ma anche di chiunque si trovi a detenere il bene nel momento in cui la sentenza stessa venga coattivamente eseguita, non potendo l'ordine *de quo* venire contrastato da un eventuale ti-

tolo giustificativo della disponibilità del bene in contestazione, diverso da quello preso in esame dalla pronuncia giurisdizionale e potendo comunque il detentore, qualora ritenga lesi i suoi diritti dal provvedimento di rilascio, provvedere alla loro tutela mediante opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.*,<sup>[10]</sup> oppure con un'autonoma azione di accertamento<sup>[11]</sup>.

Con ciò si vuole dire che il detentore è inevitabilmente colui che subirà gli effetti dell'aggressione esecutiva.

Altro però è affermare che quel soggetto debba assumere la qualità formale di esecutato, ossia che a lui debbano essere notificati titolo esecutivo e precetto<sup>[12]</sup>.

Sul modo di consegna<sup>[13]</sup>, valgono, invece altre peculiarità: se si tratta di beni mobili e l'esecutato non restituisce il bene nel termine fissato dal precetto (e sempre che il capo dell'ufficio giudiziario non abbia autorizzato l'esecuzione immediata *ex art. 482 c.p.c.*), l'ufficiale giudiziario dà inizio alla procedura esecutiva, procedendo all'accesso nel luogo nel quale si trovano i beni mobili. La ricerca avviene a norma dell'*art. 513 c.p.c.* («ricerca delle cose da pignorare») e l'ufficiale giudiziario che «quando è necessario aprire porte, ripostigli o recipienti, vincere la resistenza opposta del debitore o da terzi, oppure allontanare

sez. 2, *n. 1553 del 23.01.2013*, in CED, Cassazione, 2013. Ritiene la scelta non coerente ed irrazionale M. Bove, Esecuzione forzata per consegna o rilascio, in *DirittoOnline-ww.treccani.it* "perché con essa si arriva all'incongruenza per cui un contratto di compravendita documentato in una scrittura privata autenticata possa essere titolo esecutivo a favore del venditore per il pagamento del prezzo e non anche a favore del compratore per la consegna del bene".

<sup>[9]</sup> È il caso, ad esempio, del verbale di conciliazione giudiziale di cui all'*art. 185, comma 3, c.p.c.* ma anche del processo verbale di conciliazione *ex art. 199 c.p.c.*, dell'ordinanza per il pagamento somme *ex art. 423 c.p.c.*, e del verbale di conciliazione di cui all'*art. 12 del D.lgs. n. 28 del 4.03.2010* in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

<sup>[10]</sup> Si vedano Cass. Civ., sez. 3, *n. 29850 del 20.11.2018*, in CED, Cassazione, 2018 e Cass. Civ., sez. 3, *n. 7041 del 20.03.2017*, in CED, Cassazione, 2017: "Nell'esecuzione per consegna o rilascio, avviata in forza di sentenza resa *inter alios*, ove il terzo lamenti una lesione della sua situazione soggettiva che gli deriva non già da un errore sorto nel procedimento esecutivo, bensì direttamente dalla sentenza che ha accertato un diritto incompatibile con quello da lui vantato, egli non può proporre l'opposizione di terzo all'esecuzione, ai sensi dell'*art. 619 c.p.c.*, ma deve impugnare il provvedimento stesso con l'opposizione di terzo ordinaria, ai sensi dell'*art. 404, comma 1, c.p.c.*".

<sup>[11]</sup> Così, *ex multis*, Cass. Civ., sez. 3, *n. 24637 del 2.12.2016*, in CED, Cassazione, 2016, Cass. Civ., sez. 2, *n. 3183 del 4.03.2003*, in La Tribuna, Archivio Civile, 2004, 1, p. 98, Cass. Civ., sez. 3, *n. 3990 del 18.03.2003*, in CED, Cassazione, 2003 e Cass. Civ., sez. 2, *n. 12558 del 27.08.2002*, in CED, Cassazione, 2002 ed in La Tribuna, Archivio Civile, 2003, 6, p. 686. Si veda anche Cass. Civ., sez. 3, *n. 20167 del 18.08.2017*, in SmartLex - IISole24Ore, pronuncia in cui la Suprema Corte ribadisce che "gli effetti del titolo esecutivo si estendono a chiunque si trovi nelle condizioni di darvi esecuzione, quand'anche costui non sia stato identificato compiutamente nel titolo". Non varrebbe, pertanto, al destinatario del comando per sottrarre il bene all'esecuzione, disfarsene o rimettere la detenzione ai terzi, escludendo comunque i giudici che il contenuto specifico del comando contenuto nel titolo esecutivo possa ampliarsi con attività ulteriori anche se indispensabili per conseguire consegna o rilascio o l'esecuzione di un obbligo di fare, se non coinvolgendo tempestivamente colui contro il quale la relativa pronuncia andrebbe resa.

<sup>[12]</sup> Infatti chi appare terzo rispetto all'atto costituente titolo esecutivo deve avere la possibilità di contestare l'efficacia nei suoi confronti di quell'atto. Diversa è la posizione del terzo che voglia affermare di essere titolare di un diritto autonomo ed incompatibile rispetto a quello rappresentato dal titolo esecutivo e che non abbia potere di fatto sul bene oggetto di esecuzione, che non potrà assumere la veste di esecutato, né in senso formale, né sostanziale.

<sup>[13]</sup> Si veda Cass. Civ., sez. 6, ord. *n. 22441 del 27.10.2011*, in IISole24Ore, Mass. Rep. Lex24, ma anche Cass. Civ., sez. 3, ord. *n. 17674 del 2.07.2019*, in CED, Cassazione 2019: "In tema di procedura esecutiva per consegna o rilascio, il preavviso prescritto dall'*art. 608 c.p.c.* esaurisce, con la notifica, il suo scopo di preavvertire l'esecutato del prossimo inizio dell'azione esecutiva, al fine di consentirgli l'adempimento spontaneo e di essere, comunque, presente all'immissione in possesso del creditore procedente, sicché non sussiste un obbligo di nuovo avviso in caso di sospensione dell'esecuzione già iniziata con un primo accesso e successivamente ripresa».

re persone che disturbano l'esecuzione del pignoramento» provvede secondo le circostanze, richiedendo - quando occorre - l'assistenza della forza pubblica. Deve trattarsi ovviamente di beni di cui l'obbligato abbia il possesso, ovvero la disponibilità diretta, anche se ubicati in luogo che non gli appartenga. E laddove dette cose siano nel possesso di un terzo e questi consenta di esibire all'ufficiale giudiziario, allora questi procede senza intralci, come se il terzo riconoscesse che il possesso dei beni spetta all'obbligato<sup>[14]</sup>.

La consegna alla parte istante, o a persona da lei designata, può consistere anche in una dichiarazione dell'ufficiale giudiziario che il possesso dei beni in questione spetta al creditore non trattandosi necessariamente di consegna materiale e di concreto spossessamento, bensì di un riconoscimento del possesso: l'ufficiale giudiziario ingiunge quindi al debitore di lasciare prendere la cosa mobile al creditore<sup>[15]</sup> cui spetta.

## 2. Un recente intervento sul tema della Corte di Cassazione: l'ordinanza n. 33723 del 18.12.2019

Con riguardo al tema dell'esecuzione in forma specifica di un obbligo di consegna di beni mobili/titoli è intervenuta, di recente la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 33723 del 18.12.2019<sup>[16]</sup>, stigmatizzando la condotta processuale del creditore insoddisfatto che riteneva di poter passare *per saltum* dall'una all'altra forma di esecuzione, senza rispettare le garanzie proprie del processo, la tutela dell'esecutato e le differenze sottese alle due fattispecie di esecuzione, dandone quasi per scontata l'intercambiabilità per esigenze di pronto realizzo.

Gli Ermellini hanno formulato, infatti, questo principio: “in caso di condanna alla consegna di beni mobili di cui il debitore abbia perduto la disponibilità, il diritto del creditore ad ottenere il pagamento dell'equivalente moneta-

rio di tali beni - non più consegnabili dall'obbligato - va fatto valere in un nuovo processo di cognizione che ne accerti la sussistenza e ne liquidi l'importo, non potendo essere azionato direttamente in via esecutiva sulla base del titolo di condanna alla consegna, di per sé non idoneo a fondare l'esecuzione per espropriazione, ma solo quella in forma specifica ai sensi degli [artt. 605](#) s.s. c.p.c., tanto meno in base ad una <autoliquidazione> dal valore dei beni perduti effettuata dal creditore, anche laddove si assuma esistere un prezzo ufficiale di mercato di essi”.

Il caso parte dall'opposizione ad un atto di precetto per il pagamento di un'ingente somma di denaro, intimato alla opponente da un istituto di credito sulla base di una sentenza che, nell'accogliere una domanda risarcitoria dell'opponente verso la banca, aveva comunque condannato la signora a restituire alla banca alcuni titoli acquistati, con gli interessi.

L'opposizione era stata dichiarata inammissibile dal Tribunale di Firenze ed, in sede di appello, in riforma della decisione del giudice di prime cure, la Corte fiorentina l'aveva invece accolta, condannando l'istituto di credito al pagamento delle spese di lite e di una somma [ex art. 96, comma 3, c.p.c.](#), in favore degli appellanti, divenuti poi gli eredi dell'originaria opponente.

La banca promuove allora ricorso in Cassazione, essenzialmente sostenendo che in presenza di un titolo esecutivo contenente la condanna alla consegna di beni mobili, l'impossibilità di pervenire a detta consegna, per averne l'obbligato perso la disponibilità, determinerebbe *ex se* l'obbligo del debitore di pagarne l'equivalente economico, giustificando, sempre in forza del medesimo titolo esecutivo recante la condanna alla consegna dei beni, anche l'esecuzione forata per il pagamento del corrispondente valore monetario, in quanto desumibile dai «prezzi ufficiali dei titoli [...] risultanti dai relativi bollettini [...]

<sup>[14]</sup> Con la specificazione che nel caso in cui il bene da consegnare sia in luogo non appartenente al debitore ma comunque nella sua disponibilità, può essere necessaria una autorizzazione preventiva del G.E. per vincere l'eventuale diniego del terzo all'accesso e/o all'esibizione del bene; il bene di cui è pretesa la consegna sia in possesso del terzo e l'obbligato non possa diversamente disporre occorre che il creditore utilizzi la procedura del pignoramento presso terzi; in caso di problemi rispetto all'identificazione dei beni da consegnare, la parte interessata può chiedere al giudice il provvedimento necessario [ex art. 610 c.p.c.](#)

<sup>[15]</sup> Ove il bene da consegnare sia già pignorato, non potrà essere consegnato ed il creditore dovrà promuovere opposizione [ex art. 619](#) s.s. c.p.c. perché sia accertata l'inopponibilità del pignoramento al suo diritto sul bene *de quo*. Si legga Cass. Civ., sez. 3, [n. 20648 del 22.09.2006](#), in *IlSole24Ore - Mass. Rep. Lex24*: “In tema di esecuzione per consegna o rilascio, i provvedimenti di cui all'[art. 610 c.p.c.](#) sono esplicazione dei poteri del giudice di direzione del processo esecutivo e sono finalizzati a risolvere non solo difficoltà materiali, ma anche dubbi o divergenze di opinioni in relazione allo svolgimento del processo e ciò anche per il tramite dell'interpretazione dello stesso titolo esecutivo. Tuttavia, qualora il relativo provvedimento, pur adottato nella forma prevista dal citato [art. 610 c.p.c.](#), risolva questioni inerenti al diritto di procedere all'esecuzione forzata, deve ad esso riconoscersi natura di sentenza appellabile, come nel caso in cui, in ipotesi di esecuzione per rilascio, il giudice non si limiti a chiarire la localizzazione del bene di cui al titolo esecutivo, ma ne individui la stessa consistenza, in presenza di una discrepanza fra la situazione fattuale rilevata dall'ufficiale giudiziario e quella apparentemente risultante dal titolo stesso”. Si veda anche nota 6.

<sup>[16]</sup> Trattasi di ordinanza della sesta sezione civile, pubblicata in CED, Cassazione, 2019.

moltiplicati per il quantitativo dei titoli posseduti dalla signora» (dunque una somma già accertata ed accertabile con un semplice calcolo matematico e riferimento a listini).

La banca richiama, quindi, a sostegno della propria tesi, il c.d. principio di eterointegrazione del titolo, più volte impiegato dalla giurisprudenza, in forza del quale il titolo esecutivo giudiziale non si esaurisce nel documento giudiziario in cui è consacrato l'obbligo da eseguire, essendo consentita l'interpretazione extra testuale del provvedimento sulla base degli elementi acquisiti ritualmente nel processo in cui esso si è formato, trattandosi di documento la cui funzione è soltanto quella di esprimere un giudizio, purché le relative questioni siano state trattate e possano intendersi come ivi univocamente definite, fermo restando che la valutazione della rilevanza ed idoneità di tali fonti d'integrazione extra-testuale dell'accertamento contenuto nel titolo spetta comunque al giudice<sup>[17]</sup>.

L'argomentazione non convince né persuade e la Corte di Cassazione difatti non l'accoglie.

Sostiene, di contro, la Suprema Corte, nel ritenere il profilo di impugnazione manifestamente infondato ed in parte anche inammissibile, come non vi fosse nel ricorso alcuno specifico richiamo, in palese violazione del requisito di ammissibilità del ricorso per Cassazione previsto dall'[art. 366, comma 1 n. 6 c.p.c.](#), agli atti e ai documenti, regolarmente acquisiti nel corso del giudizio di merito, dal cui contenuto emergerebbe la fondatezza del relativo assunto, non allegando la banca - in modo specifico e puntuale - se ed in base a quali atti e documenti acquisiti nel corso del giudizio di cognizione all'esito del quale si era formato il titolo esecutivo di condanna alla consegna, sarebbe stato possibile evincere il predetto valore.

Se è infatti vero che la scelta della tipologia di esecuzione spetta esclusivamente al creditore, parimenti non deve tralasciarsi che la stessa dovrà tenere conto del titolo esecutivo su cui l'esecuzione si fonda, senza potere effettuare un passaggio dall'uno all'altro, non supportato da un

idoneo accertamento e/o dai diversi requisiti che vi stanno alla base.

L'eterointegrazione del titolo, secondo i giudici, non può significare il costituire un nuovo o un diverso titolo o di andare oltre al titolo, con una vera e propria extra-integrazione non legittima.

Neppure si potrebbe fare richiamo, per assurdo, alle disposizioni dell'[art. 483 c.p.c.](#), rubricato "cumulo dei mezzi di espropriazione" che - in ogni caso - è norma di tutela del debitore, che opera in virtù della clausola generale di buona fede e dei principi in tema di abuso del processo, anche nella fase anteriore all'inizio dell'esecuzione<sup>[18]</sup>, e che presuppone l'azionabilità del medesimo titolo esecutivo e non di altro<sup>[19]</sup>, e postula lo stesso credito e nella misura in cui già accertato dal titolo<sup>[20]</sup>, perché l'esecuzione per consegna o rilascio, per quanto anche riferito sopra, è sostanzialmente ed ontologicamente diversa da quella per espropriazione e non rientra tra i tipi di esecuzione forzata in forma specifica, per i quali non è prevista una fase liquidatoria in cui i beni pignorati debbano essere convertiti in denaro. Il fine del processo esecutivo per consegna o per rilascio è dato dalla volontà del debitore di ottenere la disponibilità materiale di un determinato bene. Tale forma mira, infatti, al trasferimento, dall'esecutato all'esecutante, del potere di fatto sul bene indicato nel titolo, potere inteso come vera e propria detenzione *corpore* dello stesso.

Il suo effetto consiste in una modificazione della realtà materiale: prima dell'esecuzione il bene è nel dominio dell'obbligato, dopo l'esecuzione sarà in quello dell'avente diritto<sup>[21]</sup>.

Evidente è, pertanto, l'inidoneità del titolo esecutivo posto a base del precetto di pagamento opposto a fondare la minacciata esecuzione forzata per espropriazione, trattandosi di titolo di condanna alla consegna di beni mobili di cui era ben noto all'intimante - al momento della domanda - che l'intimata ne aveva persona la disponibilità. La scelta della procedura esecutiva, quindi, dipende inti-

[17] Così, tra le tante, Cass. Civ., sez. I, [n. 19641 del 1.10.2015](#), in CED, Cassazione, 2015, Cass. Civ., sez. 3, [n. 23159 del 31.10.2014](#), in CED, Cassazione 2014.

[18] Cass. Civ., sez. Tri, [n. 10668 del 17.04.2019](#), in CED, Cassazione, 2019, Cass. Civ., sez. 3, [n. 11360 del 16.05.2006](#), in CED, Cassazione, 2006.

[19] Cass. Civ., sez. 3, [n. 13204 del 26.07.2012](#), in CED, Cassazione, 2012, Cass. Civ., sez. 3, [n. 23847 del 18.09.2008](#), in CED, Cassazione, 2008 ed anche - nel merito - Corte d'Appello di Milano, sez. 2, n. 2922 del 26.06.2017, in SmartLex - II Sole24Ore.

[20] Anche se risalente nel tempo Cass. Civ., sez. 3, [n. 3786 del 17.04.1987](#), in CED, Cassazione, 1987.

[21] Si legga Cass. Civ., sez. 3, [n. 20053 del 2.09.2013](#) in CED, Cassazione, 2013 e Cass. Civ., sez. 3, [n. 10865 del 28.06.2012](#), cit in nota 6: "il titolo esecutivo che dà ingresso all'esecuzione per consegna o rilascio consente all'avente diritto di essere immesso forzatamente nel possesso del bene, anche se, al momento dell'esecuzione, questo non sia posseduto o detenuto da chi è indicato come obbligato alla consegna o al rilascio e senza che occorra notificare titolo e precetto al reale possessore o detentore, il quale si trova - pertanto - a subire l'esecuzione, pur non avendo partecipato al processo formativo del titolo".

mamente dall'oggetto del titolo esecutivo[22].

Alla totale discrezionalità che l'ordinamento attribuisce al creditore nella scelta del mezzo esecutivo si contrappone il limite insito in tale scelta, dato dal contenuto del comando giurisdizionale espresso nel titolo esecutivo stessa, senza consentire al creditore di passare o "saltare" *ad libitum* da una tipologia all'altra, con la conseguente lesione del diritto di difesa del debitore, che potrebbe altrimenti restare esposto a plurime forme di aggressione da parte del creditore mediante forme e tipologie diverse di esecuzione forzata, per espropriazione forzata e/o anche in forma specifica, come previsto dal titolo esecutivo, senza avere partecipato o senza potersi opporre, nel contraddittorio.

La banca, nella fattispecie, aveva richiesto, in fatto, una modifica del giudicato ottenuto, ritenendo possibile una conversione automatica della condanna alla consegna dei beni mobili - i titoli - azionabili con l'esecuzione forzata per consegna, in condanna al pagamento dell'equivalente monetario azionabile mediante espropriazione forzata, minando la stabilità del giudicato e la certezza dei rapporti giuridici.

Sul piano processuale, se così fosse possibile, si consentirebbe, in maniera non accettabile, di modificare il contenuto della sentenza ottenuta, in violazione del *petitum* della domanda giudiziale[23] e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, espressa all'[art. 112 c.p.c.](#)

In secondo luogo, la pretesa della banca circa la conver-

sione dell'oggetto dall'originaria obbligazione di consegna ad obbligazione di pagamento di una somma incontra un limite di carattere sostanziale: tale operazione infatti difficilmente poteva o può ricondursi ad una ipotesi di *datio in solutum*[24] ovvero ad una novazione oggettiva[25].

La Corte di Cassazione non ha accolto nemmeno l'assunto della banca che si potesse fare agevole riferimento al dato che la consegna dei titoli sia un debito di valore, dato che "il momento in cui il debito di valore si converte in debito di valuta non può che essere quello in cui diventa incontestabile la sua liquidazione e cioè quello in cui diventa definitiva la sentenza che tale liquidazione effettua"[26], intendendosi che l'equivalente monetario potrà essere determinato solo dalla sentenza e non con una autoliquidazione del valore dei beni perduti, effettuata dal creditore, anche laddove si assuma agganciata ad un prezzo ufficiale di mercato di essi.

In definitiva la Corte rigetta il ricorso ritenendo che la pretesa creditoria dell'istituto bancario debba essere fatta valere in un nuovo processo di cognizione che ne accerti l'effettiva sussistenza e che in concreto ne liquidi l'importo, non potendo essere azionato direttamente in via di espropriazione forzata e sulla base del semplice titolo di condanna alla consegna, di per sé non idoneo a fondare l'esecuzione per espropriazione, ma solo quella in forma specifica per consegna di beni mobili di cui agli artt. 605 s.s. c.p.c.

[22] Sono rari i casi in cui il Codice di Rito rimette al debitore una deviazione dalla scelta del creditore. È ad esempio l'ipotesi della conversione del pignoramento nelle forme dell'[art. 495 c.p.c.](#), in cui il debitore può chiedere di sostituire alle *res* o ai crediti pignorati una somma di denaro pari all'importo dovuto al creditore pignorante, allo scopo di consentire all'esecutato di liberare immediatamente le cose ed i beni gravati dalla procedura esecutiva mediante una equivalente corresponsione in denaro.

[23] Se il sistema prevede il divieto di *mutatio libelli* in corso di causa, a maggiore ragione ciò deve valere in caso di statuizione in sentenza, perché non è ontologicamente la stessa cosa chiedere la consegna di beni mobili o la condanna al pagamento di una somma di denaro.

[24] [Art. 1197, comma 1 c.c.](#): "Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita". Requisiti fondamentali della *datio in solutum* sono il consenso del creditore e la realtà della diversa prestazione.

[25] [L'art. 1230 c.c.](#): "L'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco" richiede, dunque, l'accordo tra le parti e l'espressa volontà di novare il rapporto obbligatorio.

[26] Cass. Civ., sez. 3, n. 7697 del 2.04.2014, in *ISole240re - Mass.Rep.Lex24*.

## NOTIFICAZIONE TELEMATICA E OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DELL'INDIRIZZO PEC

# Obbligo di comunicazione dell'indirizzo PEC ai fini della notificazione telematica

di Alessio Antonelli

DEL 11 GIUGNO 2020

### Sommario

1. Introduzione
2. Riferimenti normativi
3. La Pubblica Amministrazione quale soggetto obbligato a comunicare la PEC presso cui ricevere comunicazioni e notifiche
4. La recente pronuncia sul tema del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria n. 585/2020
5. Conclusioni

### 1. Introduzione

La [Legge 14 settembre 2011, n. 148](#) aveva sommariamente disposto che l'Avvocato potesse notificare in proprio gli atti, senza avvalersi dell'ufficiale giudiziario, anche attraverso la PEC ma, come spesso accade quando il Legislatore apporta modifiche a normative esistenti, tale disposizione era carente delle modalità e dei requisiti che tale notifica doveva contenere per cui l'utilizzo di tale strumento, pur se formalmente previsto, nella pratica poneva dubbi e rischi sul fatto che lo stesso fosse a tutti gli effetti esperibile.

La [legge 24 dicembre 2012, n. 228](#) ha apportato ulteriori e significative modifiche alla [Legge 21 gennaio 1994, n. 53](#) descrivendo nei minimi particolari i requisiti ed il procedimento da seguire per procedere alle notifiche con la PEC, subordinando tuttavia l'entrata in vigore delle stesse a seguito della pubblicazione di un Decreto Ministeriale che avrebbe apportato le modifiche all'art. 18 del Decreto Ministeriale [21 febbraio 2011, n. 44](#) con il quale erano state emanate le nuove regole tecniche del processo telematico. Il 3 aprile 2013 veniva emanato il Decreto Ministeriale [n. 48/2013](#), pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 9 maggio 2013.

Tuttavia, come vedremo, il Legislatore non aveva fatto

i conti con un problema ancora oggi di grande attualità: era sì stata introdotta la possibilità per gli Avvocati di procedere in proprio alla notifica degli atti tramite PEC, ma non era stata prevista la possibilità che i destinatari di dette notifiche (non Avvocati, ma Pubbliche Amministrazioni) omettessero di comunicare le proprie PEC ai fini dell'inserimento delle stesse nei pubblici elenchi.

### 2. Riferimenti normativi

L'[articolo 3 bis della Legge 21 gennaio 1994, n. 53](#) prevede che l'Avvocato possa procedere alla notifica in proprio tramite la posta elettronica certificata a condizione che l'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario della notifica medesima risulti da pubblici elenchi.

La medesima norma stabilisce, altresì, che anche l'indirizzo di posta elettronica certificata del mittente risulti da pubblici elenchi.

Ma quali sono i pubblici elenchi previsti dalla legge attraverso i quali l'Avvocato può verificare, prima di procedere alla notifica in proprio, se l'indirizzo PEC del destinatario è, in effetti, in essi presente?

Occorre fare riferimento all'[art. 16 ter della Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#)<sup>[1]</sup> di conversione, con modificazio-

[1] L'art. 16 ter, rubricato **Pubblici elenchi per notificazioni e comunicazioni**, stabilisce che "A decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 4 e 16, com-



ni, del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, così come a sua volta modificato dall'[art. 45 bis, comma 2, del Decreto Legge 24 giugno 2014 n. 90](#), convertito con la [Legge 11 agosto 2014 n. 114](#) pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 18 agosto 2014 ed in vigore dal 19 agosto 2014.

Dalla lettura della citata disposizione si evince che, ad oggi, i pubblici elenchi richiamati dall'[art. 3 bis](#) della legge 21 gennaio 1994, n. 53 sono i seguenti:

#### 1) IL DOMICILIO DIGITALE DEL CITTADINO

(previsto dall'[art. 4 Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#) di conversione, con modificazioni, del [Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179](#)).

Tale elenco non è ancora stato istituito ma è ragionevole pensare che includerà tutti gli indirizzi PEC comunicati dai cittadini alla Pubblica Amministrazione.

Tali indirizzi, poi, dovrebbero essere inseriti nell'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR) e resi disponibili per la consultazione.

Anche l'ANPR, istituita dall'[art. 2 del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179](#) che ha disposto l'accorpamento in un'unica anagrafe del sistema anagrafico precedentemente strutturato in quattro partizioni (Indice nazionale delle anagrafi-INA, anagrafe comunale, AIRE centrale e AIRE comunale), non è ancora di fatto entrata a regime non essendo ancora stati adottati i decreti attuativi previsti dai commi [4](#) e [6](#) del citato art. [2](#) del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179.

#### 2) REGISTRO P.P.A.A.

Registro contenente gli indirizzi di Posta Elettronica Certificata delle Amministrazioni pubbliche ai sensi dell'[art. 16, comma 12, del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179](#) - consultabile esclusivamente dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti, e dagli avvocati.

Detto registro non è liberamente consultabile, essendo necessaria l'identificazione c.d. "forte" tramite token crittografico (esempio: smart card, chiavetta USB) contenente un certificato di autenticazione.

È possibile consultare l'elenco tramite l'area riservata del

Portale dei Servizi Telematici del Ministero della Giustizia.

#### 3) REGISTRO IMPRESE

(previsto dall'[articolo 16, comma 6, del Decreto Legge 29 novembre 2008, n. 185](#), convertito, con modificazioni, dalla [Legge 28 gennaio 2009, n. 2](#)).

È possibile consultare liberamente tale elenco.

#### 4) INDICE NAZIONALE DELLA POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA (INIPEC)

(previsto dall'[art. 6-bis del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82](#)).

Altro elenco liberamente consultabile.

La problematica se INIPEC fosse o meno un pubblico elenco valido ai fini delle notifiche a mezzo PEC è (o almeno, sembra essere) stata risolta dalla Suprema Corte di Cassazione con l'ordinanza [15 novembre 2019, n. 29749](#)[2].

#### 5) ReGIndE

Il Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE), gestito dal Ministero della Giustizia, contiene i dati identificativi nonché l'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) dei soggetti abilitati esterni, ovvero:

- 1) appartenenti ad un ente pubblico
- 2) professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge
- 3) ausiliari del Giudice non appartenenti ad un ordine di categoria o che appartengono ad ente/ordine professionale che non abbia ancora inviato l'albo al Ministero della giustizia (questo non si applica per gli avvocati, il cui specifico ruolo di difensore implica che l'invio dell'albo deve essere sempre fatto dall'Ordine di appartenenza o dall'ente che si difende).

Tale registro non è liberamente consultabile, essendo necessaria l'identificazione c.d. "forte" tramite token crittografico (esempio: smart card, chiavetta USB) contenente un certificato di autenticazione.

È possibile consultare il ReGIndE sia tramite funzionalità disponibili nei Punti di Accesso (PDA) privati sia tramite l'area riservata del Portale dei Servizi Telematici del Ministero della Giustizia.

### 3. La Pubblica Amministrazione quale soggetto obbligato

ma 12, del presente decreto; dall'[articolo 16 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185](#), convertito con modificazioni dalla [legge 28 gennaio 2009, n. 2](#), dall'[articolo 6-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82](#), nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia".

[2] Secondo detta pronuncia, l'affermazione generica della inattendibilità dell'elenco INI-PEC non è suscettibile di mettere in discussione il principio, enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 23620/2018 per cui, in materia di notificazione al difensore, in seguito all'introduzione del "domicilio digitale", previsto dall'[art. 16 sexies del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179](#), convertito con modificazioni dalla [Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#), come modificato dal [Decreto Legge 24 giugno 2014 n. 90](#), convertito sempre con modificazioni dalla [Legge 11 agosto 2014 n. 114](#), è valida la notificazione al difensore eseguita presso l'indirizzo PEC risultante dall'albo professionale di appartenenza, in quanto corrispondente a quello inserito nel pubblico elenco di cui all'[art. 6 bis del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82](#), atteso che il difensore è obbligato, ai sensi di quest'ultima disposizione, a darne comunicazione al proprio ordine e quest'ultimo è obbligato ad inserirlo sia nei registri INI-PEC, sia nel ReGIndE, di cui al Decreto Ministeriale [21 febbraio 2011 n. 44](#), gestito dal Ministero della Giustizia.

### a comunicare la PEC presso cui ricevere comunicazioni e notifiche

I primi soggetti ad essere stati obbligati alla registrazione di un indirizzo PEC sono le Pubbliche Amministrazioni le quali, a far data dal 29 novembre 2008, hanno l'obbligo di utilizzare una propria PEC per gestire i servizi al cittadino.

Per il tramite della Posta Elettronica Certificata, infatti, è possibile inviare e ricevere messaggi di testo con annessi allegati e firma digitale.

In questo modo ogni cittadino può dialogare con la Pubblica Amministrazione senza doversi recare agli sportelli e senza dover produrre copie di documenti in forma cartacea.

I risvolti economico-sociali sono evidenti: sotto l'aspetto ambientale, si riduce la quantità di carta impiegata con un notevole beneficio anche per l'ambiente, le file si riducono con evidente beneficio psicologico per l'utente e per gli impiegati, già spesso poco propensi all'incontro con il pubblico, le pratiche si concludono più velocemente riducendo i tempi di invio dei documenti e, infine, il risparmio economico è insito nell'invio stesso di una PEC, il cui costo di trasmissione è quasi praticamente nullo rispetto a una raccomandata con ricevuta di ritorno.

Ogni Pubblica Amministrazione, in applicazione degli artt. 6 e 47, comma 3 del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. «Codice dell'Amministrazione Digitale»), dopo essersi dotata di una casella PEC e averne istituita una per ogni registro di protocollo, deve darne comunicazione all'Agenzia per l'Italia Digitale («AgID»), ai sensi dell'[art. 16 Legge 28 gennaio 2009 n. 2](#).

L'indirizzo PEC andrà poi pubblicato nella pagina iniziale del sito web istituzionale della Pubblica Amministrazione così da permettere a ogni cittadino di potersi rivolgere al competente ufficio di interesse.

Grazie all'Indice dei domicili digitali delle Pubbliche Amministrazioni e dei gestori dei pubblici servizi (iPA), è possibile conoscere gli indirizzi di posta elettronica delle Pubbliche Amministrazioni attraverso vari criteri di ricerca (categoria, social network).

I suindicati principi, oltre a essere obbligatori sono anche

sanzionabili nel caso in cui non vengano applicati.

Il mancato assolvimento degli adempimenti relativi alla PEC, ai sensi del [Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150](#), conosciuto anche come “Riforma Brunetta” operante in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, comporta delle conseguenze sotto il profilo del raggiungimento dei risultati per i dirigenti degli uffici preposti.

Avuto riguardo al tema delle notificazioni a mezzo PEC, la norma di riferimento è l'[art. 16, comma 12, Decreto Legge 18 ottobre 2012, 179\[3\]](#), convertito nella [Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#), a norma del quale le Pubbliche Amministrazioni avrebbero dovuto comunicare al Ministero della Giustizia - entro il 30 novembre 2014 - l'indirizzo di posta elettronica certificata presso cui ricevere comunicazioni e notificazioni.

#### 4. La recente pronuncia sul tema del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria n. 585/2020

La Camera Amministrativa Distrettuale degli Avvocati delle Province di Catanzaro, Cosenza, Crotone e Vibo Valentia ha proposto ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici ai sensi del [Decreto Legislativo 20 dicembre 2009, n. 198](#), al fine di ottenere che un'Azienda Ospedaliera di Catanzaro potesse in essere gli adempimenti necessari, ai sensi dell'[art. 16, comma 12, Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179](#), convertito nella [Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#), per la pubblicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni.

Del ricorso è stata data notizia sul sito istituzionale dell'Amministrazione convenuta e la sua pendenza è stata comunicata al Ministro per la Pubblica Amministrazione e al Ministro per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione.

Rimasta inerte l'Azienda Ospedaliera di Catanzaro, il ricorso è stato mandato in decisione in data 8 aprile 2020.

In Calabria - a quanto si apprende dal comunicato con cui la Camera Amministrativa Distrettuale degli Avvocati delle Province di Catanzaro, Cosenza, Crotone e Vibo

[3] Tale norma stabilisce che: “Al fine di favorire le comunicazioni e notificazioni per via telematica alle pubbliche amministrazioni, le amministrazioni pubbliche di cui all'[articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165](#), e successive modificazioni, comunicano al Ministero della giustizia, con le regole tecniche adottate ai sensi dell'[articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 22 febbraio 2010, n. 24](#), entro il 30 novembre 2014 l'indirizzo di posta elettronica certificata conforme a quanto previsto dal [d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68](#), e successive modificazioni, a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni. L'elenco formato dal Ministero della giustizia è consultabile solo dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti, e dagli avvocati”.

Valentia ha dato notizia della propria vittoria dinanzi al TAR Calabria - sarebbero pochi gli Enti pubblici che si sono adeguati alla citata normativa, entrata in vigore già 6 anni fa, che è finalizzata a rendere più celeri i procedimenti amministrativi ed i giudizi dinanzi agli organi giurisdizionali.

Il tema, peraltro, era divenuto ancor più saliente nel recente periodo di “quarantena”, in quanto il mancato utilizzo di PEC valide da parte delle Pubbliche Amministrazioni impedisce, di fatto, di operare in regime di “smart working” costringendo gli Avvocati a recarsi presso gli uffici postali per la notifica di atti giudiziari.

La normativa a cui fa riferimento il comunicato stampa è il già citato [art. 16, comma 12, Decreto Legge 18 ottobre 2012, 179](#), convertito nella [Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#), secondo cui “*al fine di favorire le comunicazioni e notificazioni per via telematica alle pubbliche amministrazioni, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, comunicano al Ministero della giustizia, con le regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24, entro il 30 novembre 2014 l'indirizzo di posta elettronica certificata conforme a quanto previsto dal d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, e successive modificazioni, a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni. L'elenco formato dal Ministero della giustizia è consultabile solo dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti, e dagli avvocati*”. Il Collegio, a fronte del ricorso proposto e dell'accertata assenza del valido indirizzo PEC dell'Azienda Ospedaliera intimata, non ha potuto far altro che dare conto del disposto normativo (che fissava nel 30 novembre 2014 il termine per porre in essere l'adempimento) considerando che “*(...) all'amministrazione la legge non lascia alcun margine di discrezionalità e che la comunicazione richiede l'utilizzo di minime risorse amministrative, è evidente che l'Azienda Ospedaliera Mater Domini di Catanzaro è ingiustificatamente inadempiente all'obbligo testé illustrato*”.

È di indubbio interesse il capo della pronuncia in cui il Collegio ha ricordato come l'[art. 1 del Decreto Legislativo 20 dicembre 2009, n. 198](#) stabilisca che i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche se derivi

una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento.

Il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori lesi.

Premessa, questa, alla quale segue la considerazione che gli Avvocati - in quanto legittimati a consultare l'elenco degli indirizzi PEC per espletare le attività - sono portatori di interessi giuridicamente rilevanti e che l'associazione ricorrente dimostrava di essere preposta alla tutela degli interessi degli Avvocati amministrativi del distretto che comprende l'amministrazione intimata.

Il ricorso è stato dunque accolto e, di conseguenza, l'Amministrazione intimata è stata condannata a provvedere, entro 15 giorni dalla comunicazione o notificazione della sentenza, agli adempimenti necessari, ai sensi dell'[art. 16, comma 12, Decreto Legge 18 ottobre 2012, 179](#), convertito nella [Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#), per la pubblicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni.

## 5. Conclusioni

Quanti di noi Avvocati si sono trovati a dover effettuare una notifica telematica nei confronti di una Pubblica Amministrazione?

E quante volte, consultati i Pubblici Elenchi, abbiamo constatato con nostro sommo stupore che la Pubblica Amministrazione destinataria della nostra notifica non ha provveduto a comunicare il proprio indirizzo PEC presso cui ricevere comunicazioni e notificazioni?

Purtroppo, molte volte.

L'auspicio è che il TAR Calabria, con la pronuncia [n. 585/2020](#) del 15 aprile scorso, abbia finalmente tracciato una linea netta cui si atterrano in futuro tutti i Giudici di merito, siano essi TAR o Tribunali Ordinari, con eventuali condanne esemplari nei confronti di tutte quelle Amministrazioni che, ad oggi, dopo ben 6 anni dalla scadenza del relativo obbligo previsto *ex lege*, non hanno ancora provveduto a comunicare il proprio indirizzo di posta elettronica certificata.

## CLAUSOLA ARBITRALE NELLE CONTROVERSIE SOCIETARIE

# Il perimetro oggettivo della clausola arbitrale nelle controversie societarie

di Ermelinda Hepaj

DEL 15 GIUGNO 2020

### Sommario

1. Il caso di specie
2. L'esegesi giurisprudenziale e dottrinale sull'arbitrato societario e le controversie compromettibili
3. La decisione del Tribunale di Salerno
4. Considerazioni conclusive

### 1. Il caso di specie

Il giudice designato del Tribunale di Salerno, con decreto ingiuntivo notificato il 23 febbraio 2011, ingiungeva ai sig.ri P.U., F., T., G., L.R.E., F.D. e F. e alla F.C. s.r.l. di pagare, in solido tra loro, ed in favore del notaio F.R., del dott. G.C. e dell'avv. R.M., la somma di Euro 92.900,00, oltre interessi e spese legali, quale compenso per l'attività dagli stessi svolta in veste di componenti il collegio arbitrale nella controversia che aveva coinvolto le parti di cui prima. Tuttavia, gli ingiunti F.D., F. e F.C. s.r.l., con atto di citazione notificato in data 8 marzo 2011, proponevano opposizione avverso il predetto decreto.

Esponevano, in particolare, gli opposenti che, in merito alla posizione di F.D. e F.F., essendo soggetti estranei all'impugnazione della delibera assembleare e, seppur chiamati nel corso del giudizio arbitrale, non sussistendo alcun mandato al collegio arbitrale nominato, non potevano essere obbligati al pagamento del compenso, eccedendo così la loro carenza di legittimazione.

Contestavano poi l'assenza di poteri in capo al collegio arbitrale, in quanto la validità della delibera impugnata, di cui era causa, aveva ad oggetto un aumento di capitale. Non risultava, altresì, accettata la proposta di autoliquidazione fatta dagli stessi arbitri.

Instaurato il contraddittorio, si costituivano in giudizio gli opposti che insistevano per il rigetto dell'opposizione in quanto infondata nel merito, con conseguente conferma del decreto ingiuntivo.

Ancora, in data 11 luglio 2012, con regolare comparsa, intervenivano nel processo P.U., F., T., G. e L.R.E., ade-

rendo alle difese di parte opposta ed insistendo per il rigetto dell'opposizione.

Infine, la causa, accolta l'istanza di sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, rigettate le richieste istruttorie, veniva assunta in decisione all'udienza del 18 settembre 2019, previa concessione dei termini *ex art. 190 c.p.c.*

### 2. L'esegesi giurisprudenziale e dottrinale sull'arbitrato societario e le controversie compromettibili

Il caso in esame ha ad oggetto, tra le altre, l'estendibilità della clausola arbitrale alle controversie relative l'impugnazione delle delibere assembleari aventi ad oggetto l'aumento di capitale. In merito, a seguito dell'introduzione dell'arbitrato societario ([d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5](#)), non si sono risparmiate pagine di giurisprudenza e dottrina.

Alla luce di ciò, occorre *in primis* individuare le controversie compromettibili in arbitrato societario, circoscrivendo l'ambito oggettivo di applicazione della clausola arbitrale attraverso la lettura degli articoli [34](#), [35](#) e [36](#) del d.lgs. n. 5 del 2003.

Partendo dal dato letterale, il primo comma dell'[art. 34](#) prevede la devoluzione in arbitrato delle controversie tra soci e tra soci e società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. Il successivo quarto comma dello stesso articolo dispone che possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti. Infine, il quinto comma della stes-

sa norma esclude che possano essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

Gli articoli [35, quinto comma](#) e [36, primo comma](#), prevedono, invece, la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari, senza distinguere in relazione all'oggetto o al tipo di vizio fatto valere, ed imponendo in ogni caso agli arbitri una decisione secondo diritto, analogamente a quanto disposto per i casi in cui gli stessi, per decidere, abbiano avuto conoscenza di questioni non compromettibili[1].

In forza del rinvio che il parametro della disponibilità del diritto effettua alla materia contrattuale, non si dovrebbero ritenere arbitrabili le controversie societarie che abbiano per oggetto diritti che, per loro natura o per espressa previsione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti[2].

Nel contesto societario, tuttavia, il criterio della disponibilità del diritto ha reso incerta la delimitazione dell'applicazione dell'istituto.

Ed infatti, ai fini della compromettibilità delle liti societarie *ex art. 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003*, la distinzione tra controversie aventi ad oggetto diritti disponibili dei soci e controversie inerenti diritti attinenti alla società come tale non è di facile individuazione a causa delle caratteristiche stesse del fenomeno societario: la figura "istituzionale" della società distinta da quella dei soci, le ripercussioni delle controversie societarie oltre i confini della compagine sociale (si pensi ai creditori sociali), nonché la plurilateralità del rapporto nelle liti sociali, che spesso indice effetti anche nei confronti di soci che non parteci-

pano al giudizio arbitrale[3]. Invero, dalla definizione del concetto di disponibilità del diritto discende il problema della sua estensione anche a quelle controversie societarie non ricomprese nel [primo comma dell'art. 34](#), dal momento che il legislatore ha ommesso il richiamo al criterio della disponibilità del diritto, tanto con riferimento alle controversie che coinvolgono gli organi sociali[4], quanto a quelle aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere assembleari[5].

Oggi, sia in ambito societario e sia nel diritto comune, sono arbitrabili le controversie "che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge". Tuttavia, lo studio dei diritti non compromettibili evidenzia che la non disponibilità, assai di frequente, maschera una sostanziale incompleta titolarità del diritto in capo al soggetto in cui in apparenza appartiene in via esclusiva.

In tal senso, il concetto di disponibilità, nei rapporti societari, deve essere colto non sul piano dell'agire individuale, bensì secondo una dimensione procedurale e organizzativa caratteristica del diritto societario[6], così da ritenere arbitrabile tutto ciò che è socialmente decidibile.

L'impugnazione delle delibere assembleari rappresenta senza dubbio un ambito paradigmatico della discussione in tema di arbitrabilità delle liti endosocietarie.

Un primo orientamento ha ricondotto la compromettibilità della controversia all'oggetto della deliberazione impugnata, riconoscendola o negandola a seconda degli interessi coinvolti nella lite.

Secondo questo criterio, ampiamente accreditato in giurisprudenza[7], attraverso l'adozione del canone della titolarità degli interessi coinvolti nel contenuto della delibera-

[1] [L'art. 36, primo comma](#), dispone che "Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto con lodo non impugnabile anche a norma dell'[art. 829, secondo comma, c.p.c.](#), quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari".

[2] [L'art. 1966 c.c.](#), infatti, stabilisce che: "Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa previsione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti".

[3] A. Mirone, *Questioni in tema di arbitrato e controversie societarie, con riferimento particolare al bilancio delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 2000, 5, 507.

[4] Cfr. E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.

[5] La giurisprudenza ha talvolta affermato che la nullità delle delibere assembleari non può essere decisa dagli arbitri. Opera tale distinzione Trib. Milano, 29 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, con nota di Muratore, Osservazioni in tema di compromissione in arbitri delle deliberazioni assembleari di società.

[6] Come sostiene Zoppini, I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario, in *Riv. soc.*, 2004, 1174 ss.: "Assume in questa logica un preciso valore sistematico il fatto che mentre le parti di un contratto non possono sostituire transattivamente un titolo valido ad un titolo illecito ([art. 1973 c.c.](#)), il procedimento deliberativo può sostituire la deliberazione invalida "con altra presa in conformità della legge o dello statuto", come recita il '[comma 8 dell'art. 2377](#), richiamato dall'[art. 2379 c.c.](#), impedendo così l'impugnazione della deliberazione annullabile o nulla, secondo un'ipotesi che in questo secondo caso viene annoverata tra i casi di eccezionale sanatoria."

[7] Cass. [24 maggio 1965, n. 999](#), in *Giust. civ.*, 1965, I, 1575; Cass. [30 marzo 1998, n. 3322](#), *Giust. civ. Mass.*, 1998, 692; Cass. [2 ottobre 1998, n. 10530](#), *Giust. civ. Mass.* 1998, 2162; Cass. [23 febbraio 2005, n. 3772](#), in *Società*, 5, 2006, 63 ss, con nota di Soldati: "Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tute-

impugnata, l'eventuale interferenza di interessi di terzi o della società - quale ente distinto dai soci - determinerebbe l'inammissibilità dell'arbitrato, stante l'applicazione di norme inderogabili sottratte alla disponibilità delle parti, come accade, ad esempio, nel caso delle delibere aventi ad oggetto lo scioglimento della società[8] o l'approvazione del bilancio[9].

La giurisprudenza prevalente[10] ha infatti negato il ricorso all'arbitrato nelle controversie attinenti lo scioglimento della società sul presupposto che, in tale ipotesi, assume rilievo l'interesse generale e di natura collettiva della società alla realizzazione di un'attività economica comune.

Per quanto riguarda l'impugnazione del bilancio, invece, i precedenti in giurisprudenza[11] sono tutti contrari alla compromettibilità. Si adduce il fatto che la disciplina del bilancio nelle società è posta a tutela di interessi genera-

li diversi da quelli del singolo socio, e in particolare a tutela dell'interesse dei creditori e dell'interesse generale alla corretta amministrazione della società.

Un orientamento "alternativo," impostosi prima dell'entrata in vigore del [d.lgs. n. 5 del 2003](#), non dà rilievo agli interessi coinvolti nella lite, facendo invece leva sul tipo di vizio della deliberazione lamentato[12], così da riconoscere l'arbitrabilità a tutte le controversie implicanti l'annullabilità delle deliberazioni, in quanto sottoposte ad azione prescrivibile e dunque compromettibili, ed escludendola per le delibere nulle, in quanto soggette ad azione imprescrivibile e rilevabili anche d'ufficio dal giudice[13]. Sulla base di questa seconda libera interpretazione, il solo limite all'arbitrabilità della controversia sarebbe da rinvenire nell'impugnazione di delibere nulle, la cui compromettibilità, per tradizione, è sempre stata messa in discussione, tenuto conto che l'[art. 1972 c.c.](#) espressamente

---

la dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine, peraltro, l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio."

[8] La giurisprudenza ha attribuito rilievo all'interesse della società in quanto tale, vale a dire ente *tertium* rispetto alla pluralità dei soci, dotato di piena personalità giuridica. Pertanto è stata negata l'operatività della clausola compromissoria statutaria in tutte le controversie che riguardino l'esistenza della società stessa e che possano risolversi in una causa di scioglimento della società. In questo senso, Trib. Reggio Emilia, [5 febbraio 2008](#), in Dir. e prat. soc., 2008, 14-15, 77, con nota di Bergamaschi: "La questione relativa alla sussistenza della causa di scioglimento della società - che costituisce il presupposto per la nomina giudiziale del liquidatore - riguarda non già il personale interesse dei soci, di per sé disponibile, ma l'interesse generale al mantenimento in vita della società, in quanto tale indisponibile e, come tale, non è compromettibile e devolvibile al giudizio di arbitri."; Trib. Napoli, 26 marzo 2003, in Società 2003, 1251, con nota di Soldati, Limiti alla deferibilità al giudizio arbitrale delle controversie tra soci e tra soci e società; Trib. Napoli, 8 gennaio 2003 in Giur. nap., 2003, 296.

[9] Fra tutte Cass., [30 marzo 1998, n. 3322](#), in Rep. Foro it., 1998, secondo la quale: "Non sono compromettibili e devolvibili al giudizio di arbitri l'azione con la quale un socio chiedi l'annullamento di una delibera di approvazione del bilancio sul presupposto che essa risulti inficiata da una irregolare destinazione a riserva oltre il limite minimo stabilito dalla legge con conseguente mancata distribuzione degli utili, o l'azione con la quale un socio chiedi l'annullamento della delibera con la quale ai soci di maggioranza aventi la veste di amministratori vengano attribuiti compensi sproporzionati e non coerenti con la situazione economica della società".

[10] In questo senso: Trib. Milano, [6 marzo 2003](#), in Giur. it., 2003, 1411; Trib. Napoli, 26 marzo 2003, in Società 2003, 1251. Sul punto, inoltre, Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in Giur. comm., 2008, 4, p. 865, nota di Corsini, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*; cfr. in merito anche la dottrina, tra cui T. Galletto, *L'arbitrato nel diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II, 56; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in Riv. dir. proc., 2003, 713; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in Giust. civ., 2003, 483.

[11] Fra tutte Cass., Sez. VI, [10 giugno 2014, n. 13031](#), nonché, nella stessa direzione anche Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9115 in <https://pluris-cedam-utetgiuridica-it.ezproxy.unibo.it/main.html>. Tra l'altro, il criterio della titolarità degli interessi è ben sintetizzato nella sentenza Cass. [23 febbraio 2005, n. 3772](#), in *Le Società*, 2006, p. 637, secondo cui: "Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi".

[12] Cass., sez. I, [26 ottobre 1995, n. 11151](#), in Giur. comm., 1996, II, 329; Trib. Milano, 19 novembre 2001, in Giur. it., 2001, 1438; ed anche a seguito della riforma, Trib. Napoli, 25 ottobre 2006, in Giur. it., 2007, 1445, con nota di Renna, *Compromettibilità in tema di impugnazione di delibere assembleari di società*.

[13] Trib. Pescara 10 marzo 2008, in Giur. merito 2008, 9, 2251 secondo cui "È sempre compromettibile per arbitri l'impugnazione di delibera assembleare se il vizio denunciato comporti l'annullabilità della decisione"; Trib. Napoli 30 settembre 2005, in Foro it., 2006, I, 2246, secondo il quale "è compromettibile in arbitri la controversia relativa all'impugnazione della delibera assembleare di una società a responsabilità limitata, il cui vizio consista in una causa di annullabilità - nella specie, abuso del diritto di voto da parte della maggioranza, nonché conflitto di interessi dell'amministratore votante - e non di nullità." Dall'altro canto, Trib. Prato, [19 marzo 2009, n. 391](#), in Dir. e giust., 2009, secondo il quale "In materia di impugnazione di delibere assembleari, bisogna distinguere tra controversie volte ad ottenere la declaratoria di annullabilità di una delibera e controversie dirette a richiedere l'accertamento della nullità. Solo le prime sono state considerate compromettibili, perché aventi ad oggetto diritti disponibili poiché le cause di annullabilità riguardano normalmente violazioni di norme che incidono su interessi individuali dei singoli soci, a differenza della nullità, conseguenza della violazione di norme imperative previste a tutela di interessi generali."

esclude la validità della transazione relativa a un contratto illecito[14].

Gli orientamenti illustrati, tuttavia, non sembrano dei più convincenti. Invero, il criterio degli interessi non appare del tutto certo, data la difficoltà di distinguere con sufficiente chiarezza, nell'ambito dei rapporti societari, gli interessi del singolo socio da quelli collettivi[15], anche alla luce di un cospicuo numero di pronunce giurisprudenziali tra di loro contrastanti. Parte della giurisprudenza e della dottrina[16] ha ritenuto che l'area della indisponibilità delle controversie in materia societaria sia più ristretta di quella degli interessi superindividuali, così da ritenere che la natura collettiva dell'interesse coinvolto nella lite non è sufficiente a escludere la deferibilità della controversia al giudizio degli arbitri[17]. Tuttavia, altra parte ha sostenuto l'inefficacia del criterio di distinzione tra interessi propri del singolo socio e interessi collettivi in materia societaria, in quanto non esiste una distinzione tra interesse della società e interesse dei soci poiché l'interesse sociale altro non è che la sintesi degli interessi di questi ultimi. È proprio quest'ultimo orientamento ad essere stato fatto proprio, da ultimo, dal Tribunale di Salerno, il quale ha individuato il limite dell'arbitrabilità nelle questioni afferenti non l'interesse del singolo socio ma quello relativo alla società che finisce per incorporare il primo entro i limiti della clausola arbitrale.

### 3. La decisione del Tribunale di Salerno

Nel caso di specie ([Tribunale di Salerno, Sez. II, sentenza 10 gennaio 2020](#)), il giudice di prime cure analizza le doglianze mosse dagli oppositori: con riferimento alle posizioni di F.F. e F. D., questi ritengono di non essere parti del contratto di mandato, in quanto gli stessi sarebbero stati evocati nel giudizio arbitrale erroneamente, essendo, invece, unico legittimato la sola società; con riferimento poi alla posizione della F.C. s.r.l., vengono contesta-

ti i presupposti per deferire ad arbitri la controversia che ha avuto ad oggetto l'impugnazione della delibera di aumento di capitale della società nonché l'invalidità derivata delle delibere successive relative all'approvazione di bilancio e di spostamento della sede sociale.

Individuati i motivi di opposizione, dato atto che non vi è stata contestazione circa lo svolgimento dell'arbitrato, come risultante per *tabulas*, il giudice ritiene errata la ricostruzione di parte opponente, specie in merito alla carenza di legittimazione passiva nel giudizio arbitrale svoltosi. Invero, quanto all'oggetto della controversia deferita ad arbitri, il giudice ha ritenuto che "correttamente siano stati considerati parti del giudizio arbitrale anche i soci della società, dovendo sempre garantirsi a pieno il principio dell'integrità del contraddittorio, ricordandosi che, in tema di arbitrato, qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengono più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'[art. 101 cod. proc. civ.](#), il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse"[18]. In merito, infatti, il Tribunale di Salerno, in ragione della natura complessa della controversia e richiedendosi una statuzione nei confronti dei soci F.F. e D, nella vicenda di cui era causa, ha ritenuto che questi ultimi dovessero ritenersi legittimati alla partecipazione del giudizio arbitrale, ri-

[14] Opera tale rilievo il Trib. Prato, [19 marzo 2009, n. 391](#), in Dir. e giust., 2009; il Trib. Di Milano, 29 gennaio 1998, 29 gennaio 1998, in Giur. it., 1998, con nota di Muratore, *Osservazioni in tema di compromissione in arbitri delle delibere assembleari di società*. Di contro, in direzione opposta il Trib. Pescara 10 marzo 2008, in Giur. merito 2008, 9, p. 2251, nonché il Trib. Napoli 30 settembre 2005, in Foro it., 2006, I, p. 2246. Cfr., sul punto anche E. F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in Riv. Trim. dir. proc. civ., 2003, p. 517 ss; F. De Santis, *Inderogabilità della norma*, in Giur. merito 2008, 4, p. 2254.

[15] Cass. [19 settembre 2000, n. 12412](#), in Società, 2000, 1437; Cass. [30 marzo 1998, n. 3322](#), in Giust. civ. Mass. 1998, 692; Cass. [18 febbraio 1988, n. 1739](#), in Giust. civ. 1988, I, 1502; Cass. [18 dicembre 1964, n. 1900](#), in Foro it., 1965, I, 348. In dottrina: De Ferra, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in Riv. arb., 1985, 187; Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, II, 1982, 102; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 206.

[16] Trib. Milano, 10 gennaio 2000, in Giur. it., 2000, 1239; Trib. Milano 3 ottobre 1996, in Società, 1997, 305; Trib. Milano, 18 maggio 1995, in Società, 1995, 1609, con nota di Ambrosiani, *Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari*.

[17] Questo orientamento riconosce la compromettibilità in arbitri della controversia sulla regolarità del procedimento di approvazione del bilancio, in quanto relativa a rapporti patrimoniali aventi ad oggetto posizioni soggettive disponibili dalle parti e perciò oggetto di transazione.

[18] Sul punto cfr. Cass. civ. sentenza [n. 10809/2015](#).

gettando così il primo motivo di opposizione.

Quanto al secondo motivo, relativo alla non compromettibilità in arbitri della controversia, il giudice ha ritenuto che anche quest'ultimo dovesse essere rigettato. In merito parte opponente, richiamando diversa giurisprudenza sul punto, sostiene che la delibera di aumento del capitale non sarebbe deferibile ad arbitri.

Ebbene, a tal proposito va detto che lo statuto societario della società di cui è causa all'art. 31, rubricato clausola compromissoria, deferisce ad arbitri eventuali controversie tra soci o tra soci e società, anche se promosse da amministratori e sindaci, ovvero nei loro confronti, purché abbiano ad oggetto diritti disponibili.

Si ricorda che in materia la Suprema Corte ha avuto modo di statuire espressamente sul punto, affermando che le controversie aventi ad oggetto l'esecuzione delle delibere di aumento del capitale sociale di una società sono compromettibili in arbitri ai sensi dell'[art. 34, comma 1, del D.lgs. n. 5/2003](#), poiché relative ai diritti inerenti al rapporto sociale inscindibilmente correlati alla partecipazione del socio<sup>[19]</sup>. Ebbene, tale orientamento viene condiviso anche dal Tribunale di Salerno nel caso *de quo*. Il giudice ha infatti osservato che “non v'è alcun argomento dal quale possa desumersi che il legislatore ha inteso escludere le controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari (ovvero proprio quelle tipicamente insorgenti tra la società e i soci in relazione ai rapporti sociali) dal novero di quelle arbitrabili, ai sensi dell'[art. 34, comma 1, D. Lgs. n. 5/2003](#) cit., qualora abbiano ad oggetto diritti disponibili. Al contrario, proprio perché le controversie in questione rientrano indubbiamente nel perimetro di applicazione dell'[art. 34](#), il legislatore ha ritenuto necessario (in ragione della loro indubbia peculiarità, della necessità di una loro rapida risoluzione e della particolare natura degli interessi coinvolti) assoggettarle ad un'apposita disciplina, attribuendo agli arbitri cui spetta di deciderle, in deroga alla previsione generale, anche il potere (di natura cautelare) di sospendere la delibera impugnata e inoltre specificando, all'[art. 36](#), che la de-

cisione ad esse relativa deve essere assunta seconda diritto anche nel caso in cui la clausola compromissoria disponga diversamente”. Nel caso di specie, la clausola compromissoria contenuta nell'art. 35 dello statuto, consentiva di devolvere in arbitrato controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari e, in ragione di ciò, “non può essere interpretata nel senso indicato dalle ricorrenti, ovvero come volta a stabilire che dette controversie possono essere devolute agli arbitri solo se espressamente menzionate nella clausola compromissoria”<sup>[20]</sup>. Concludendo, il Tribunale di Salerno, rigettando anche quest'ultimo motivo, ha ritenuto che l'impugnazione di delibera societaria, anche con riferimento all'aumento di capitale, non è altro che una controversia tra socio e società e, in quanto tale, deferibile ad arbitri.

#### 4. Considerazioni conclusive

In buona sostanza, l'orientamento giurisprudenziale più recente è giunto ad ammettere persino l'arbitrabilità in materia societaria dell'invalidità delle delibere assembleari anche in caso di vizi riconducibili alla categoria della nullità prevista dall'[art. 2379 c.c.](#), in particolare, in materia di invalidità delle deliberazioni di approvazione del bilancio, anche laddove si deduca la violazione delle norme a presidio della verità, chiarezza e precisione del documento contabile, affermando che la controversia tra soci e società sul punto interferisce in rapporti patrimoniali aventi ad oggetto posizioni soggettive disponibili dalle parti e, conseguentemente, compromettibili in arbitrato. Tale generalizzata previsione di conciliabilità della lite, anche in presenza di modifica della delibera, evidenzia ancora una volta la volontà del legislatore di far rientrare la materia dell'impugnazione delle delibere assembleari invalide nell'area della disponibilità, a prescindere dal vizio inficiante o dal diritto in esse coinvolto. Volontà a cui sembra abbia dato voce anche dalla giurisprudenza di merito nonché di legittimità degli ultimi anni ed a cui ha fatto seguito, da ultimo, la pronuncia del Tribunale di Salerno.

[19] Cfr. da ultimo Cass. Civ. sentenza [n. 24444/2019](#) nonché, prima ancora, Cass. Civ., sentenza [n. 17283/2015](#).

[20] Diversamente, altre correnti giurisprudenziali hanno ritenuto che una formulazione della clausola compromissoria che ricalchi il (generico) dettato dell'[art. 34](#) non sarebbe idonea per attrarre in arbitrato una controversia inerente all'annullabilità di una deliberazione assembleare, in quanto per conseguire tale idoneità, la clausola compromissoria dovrebbe (traendosi argomento in tal senso dal predetto [articolo 35, comma 5, del D.lgs. 5/2003](#)) menzionare esplicitamente la compromettibilità in arbitri anche delle liti inerenti l'impugnazione delle delibere assembleari, in questo senso: Cass. Civ., ord. [n. 13031 del 10 giugno 2014](#); Cass. Civ., sent. [n. 18600/2011](#) in <https://pluris-cedam-utetgiuridica-it.ezproxy.unibo.it/>; Trib. Milano 10 dicembre 2011, in Soc., 2012, p. 713.



## I CONFINI DELLA GIURISDIZIONE ITALIANA NELL'ESPROPRIAZIONE DEI CREDITI

# I confini della giurisdizione esecutiva italiana nell'espropriazione di crediti alla luce della legge n. 218 del 1995

di Matteo Magnani

DEL 18 GIUGNO 2020

### Sommario

1. Illustrazione del problema interpretativo
2. Prima teoria: occorre ancora oggi far riferimento al luogo in cui è sorto o deve essere adempiuto il credito
3. Seconda teoria: la giurisdizione sussiste ogniqualvolta il terzo debitore sia residente in Italia
4. Terza teoria: L'applicazione dell'art. 26-bis c.p.c. come norma disciplinante la giurisdizione
5. Conclusioni

### 1. Illustrazione del problema interpretativo

Come noto, l'[art. 19 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132](#), convertito in [l. 10 novembre 2014, n. 162](#), ha riscritto la disciplina della competenza in materia di espropriazione forzata di crediti, abrogando il [secondo comma del vecchio art. 26 c.p.c.](#) e introducendo contestualmente nel [codice di rito un nuovo art. 26-bis](#). Il suo secondo comma contiene la regola generale, che prevede che sia competente il giudice del luogo in cui il debitore pignorato ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede. La precedente regola continua invece a trovare applicazione in tutti quei casi, previsti dal [primo comma dell'art. 26-bis c.p.c.](#) in cui a subire l'espropriazione sia una pubblica amministrazione, ipotesi nelle quali ad essere competente continua ad essere il giudice del luogo in cui il terzo ha la residenza, ovvero il domicilio, la dimora o la sede, salvo diversa previsione contenuta in leggi speciali.

Nonostante la riforma, tuttora né l'[art. 26-bis c.p.c.](#) né alcun'altra disposizione di legge stabiliscono espressamente l'ambito della giurisdizione esecutiva del giudice italiano,

la quale non risulta facilmente definibile proprio nell'espropriazione presso terzi di crediti. Il generale criterio della localizzazione della realtà fenomenica sulla quale l'esecuzione deve incidere, così come definito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza [n. 5827 del 5 novembre 1981](#)<sup>[1]</sup>, permette infatti un'agevole definizione dei confini della giurisdizione italiana in tutti i casi in cui oggetto dell'espropriazione sia una cosa, la quale dovrà necessariamente essere ubicata nel territorio dello Stato italiano. Se l'espropriazione ha invece ad oggetto un credito che il debitore esecutato vanta nei confronti di un terzo, il criterio della localizzazione della realtà fenomenica risulta di più difficile applicazione, essendo il credito per sua natura un bene immateriale e di controversia localizzazione.

Il vuoto normativo era però stato colmato dalle Sezioni Unite che, con la citata sentenza del 1981, aveva affermato che la sede naturale del credito espropriato dovesse essere individuata sulla base del vecchio [art. 4, n. 2 c.p.c.](#), oggi abrogato<sup>[2]</sup>, e dell'[art. 20 c.p.c.](#); la giurisdizione italia-

[1] Cass. sez. un. [n. 5827 del 5 novembre 1981](#), in *Giust. civ.*, 1982, pp. 1310 e ss, con nota di FORTUNATO, *Sulla posizione processuale del debitor debitoris ed altre questioni in tema di processo espropriativo presso terzi*.

[2] Si ricordi che il previgente [art. 4, n.2, c.p.c.](#) stabiliva che lo straniero poteva essere convenuto davanti a un giudice italiano quando l'obbligazione fosse sorta

na sarebbe allora sussistita se il credito stesso fosse sorto o dovesse essere soddisfatto nel territorio dello Stato<sup>[3]</sup>. Il quesito che oggi occorre risolvere è stabilire se la suddetta modifica delle norme sulla competenza territoriale per l'espropriazione di crediti abbia inciso anche sui confini della giurisdizione esecutiva italiana, destituendo di attendibilità l'unico precedente giurisprudenziale in materia. Per risolvere la questione, occorre però anche tenere in considerazione che la sentenza resa dalla Suprema Corte è stata pronunciata in un contesto normativo antecedente alla [legge del 31 maggio 1995, n. 218](#), con la quale il legislatore ha organicamente riformato il diritto internazionale privato e processuale italiano.

È noto, ed è stato più volte rilevato dalla dottrina, che l'antecedente disciplina della competenza giurisdizionale era basata sul principio dell'illimitatezza della giurisdizione italiana, e quindi sulla sua prevalenza sulle giurisdizioni straniere anche in casi in cui tale prevalenza non appariva giustificata. La giurisdizione italiana veniva intesa come universale e astrattamente idonea come mezzo di soluzione di qualsiasi controversia, per quanto tenue ne fosse il collegamento con lo Stato italiano e con il suo ordinamento<sup>[4]</sup>. È in quest'ottica che la Cassazione, con la già citata sentenza del 1981, aveva affermato i suoi principi giurisdizionali in tema di esecuzione forzata di crediti, affermando la sussistenza della giurisdizione italiana in un pignoramento di crediti sulla scorta del previgente [art. 4, n. 2 c.p.c.](#), ovvero in base ad uno di quegli articoli che positivamente realizzava l'idea che lo Stato dovesse attrarre giurisdizione italiana il più ampio numero di controversie possibile.

Con la riforma del 1995, la situazione è radicalmente cambiata. La nuova legge, che ha nell'apertura ai valori giuridici stranieri il suo *leit motiv*, non parla più di "limiti" ma di "ambito" della giurisdizione, senza distinguere in linea generale fra cittadini e stranieri. In questo modo si fa largo a una nuova concezione di giurisdizione, più aderente all'idea che essa consista in una ricerca del giudi-

ce più adeguato a risolvere una controversia collegata con più ordinamenti, piuttosto che nell'affermazione incondizionata della sovranità dello Stato.

In questa prospettiva, il [primo comma dell'art. 3 della legge n. 218 del 1995](#) fonda in via generale la giurisdizione italiana sul domicilio o sulla residenza del convenuto in Italia, o sulla presenza in Italia di un suo rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma dell'[art. 77 c.p.c.](#), indipendentemente dalla cittadinanza del convenuto medesimo. Il secondo comma aggiunge poi che la giurisdizione sussiste, nelle materie comprese nel campo di applicazione della convenzione di Bruxelles, in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione<sup>[5]</sup>, anche quando il convenuto non è domiciliato in uno Stato contraente. Nelle altre materie, invece, la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri previsti per la competenza per territorio interna.

Dal momento che la [legge n. 218](#) non contiene alcuna norma che regoli nello specifico la giurisdizione nei procedimenti esecutivi, l'ultima parte del [secondo comma](#) del suo [art. 3](#) potrebbe trovare applicazione nella materia espropriativa, non essendo questa disciplinata nelle sezioni della convenzione unionale che la legge del 1995 appositamente richiama. Per questo motivo, alcuni autori ritengono infatti che, modificata sotto il profilo soggettivo la scelta del foro competente per l'espropriazione di crediti, qualora il debitore non abbia in Italia la propria residenza, domicilio, dimora o sede, l'espropriazione non possa aver corso, rappresentando il nuovo [art. 26-bis c.p.c.](#) una norma sulla competenza giurisdizionale esecutiva.

Altri autori ritengono al contrario che nulla possa dirsi mutato e che, pertanto, la giurisdizione esecutiva ancora oggi sussista quando in Italia si trova il luogo di adempimento del credito da assoggettare ad espropriazione, in aderenza al principio di diritto emesso dalla Suprema Corte con la sentenza [n. 5827 del 1981](#). Altri ancora, infine, patrocinano una ricostruzione diversa, ritenendo che

o dovesse eseguirsi in Italia.

[3] Così facendo, la Suprema Corte aveva accolto in una certa misura l'orientamento prevalente della dottrina, che riteneva che il criterio generale da seguire dovesse derivare dalla peculiare struttura che aveva il processo di espropriazione presso terzi, che all'epoca presupponeva in diversi casi la necessità di pervenire, seppur nelle diverse forme di cui agli artt. [547-549 c.p.c.](#), ad un giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo. In base a questo ragionamento, l'ambito della giurisdizione esecutiva nei procedimenti di espropriazione presso terzi sarebbe dovuto coincidere con quello proprio della giurisdizione di cognizione, facendosi applicazione analogica dei già citati artt. [4, n. 2, e 20](#) del codice di rito.

[4] In particolare POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 2002, pp. 20 e 21; LUZZATTO, *sub art. 3*, in AA. VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, pp. 20 e ss.

[5] Queste sezioni disciplinano i c.d. fori speciali, ovvero quei fori che l'attore, con scelta insindacabile, può adire in via alternativa a quello generale del domicilio del convenuto e che riguardano in particolare la materia delle obbligazioni.

si dovrebbe aver riguardo alla localizzazione spaziale di colui che deve soddisfare quel credito, ossia del terzo *debitor debitoris*.

Nel prosieguo di questo elaborato andremo ad analizzare queste tre risposte che la dottrina ha teorizzato, cercando di capire quale tra di esse possa ritenersi preferibile.

## 2. Prima teoria: occorre ancora oggi far riferimento al luogo in cui è sorto o deve essere adempiuto il credito

Secondo una prima numerosa parte degli interpreti, per individuare il giudice munito oggi di giurisdizione nell'espropriazione forzata di crediti si dovrebbe fare massimo affidamento alla Relazione al [d.l. 132 del 2014](#)[6]. Essa, oltre a illustrare le innovazioni approntate ai criteri di competenza territoriale nell'ordinamento interno, afferma che "la modifica dei criteri di competenza territoriale nell'espropriazione di crediti non intercetta in alcun modo il tema del riparto della giurisdizione esecutiva tra giudici appartenenti a Stati diversi, posto che il criterio della residenza del terzo di cui all'[art. 26 c.p.c.](#) non rileva quale indice di collegamento *ex l. n. 218 del 1995*, tenuto conto che il terzo non è colui che subisce l'azione esecutiva". In quest'ottica, il legislatore della riforma non avrebbe in alcun modo ritenuto che le novità contenute nell'[art. 26-bis c.p.c.](#) possano essere sufficienti a rimettere in discussione l'approdo delle Sezioni Unite del 1981. Ciò perché gli artt. [26](#) e [26-bis c.p.c.](#), almeno nelle intenzioni della [legge di conversione n. 162 del 2014](#), sono soltanto norme sulla competenza territoriale e non anche sulla competenza giurisdizionale. L'[art. 26-bis c.p.c.](#), in quest'ottica, risulta essere una mera previsione sulla competenza territoriale applicabile a condizione che sussista la giurisdizione esecutiva italiana, ossia a condizione che il credito debba essere eseguito in Italia.

Non sono altri gli appigli normativi a sostegno di tale soluzione, ma per alcuni autori l'affermazione contenuta nella Relazione al [d.l. 132/2014](#) è per ciò sola sufficiente a chiudere ogni ulteriore dibattito sulla questione[7].

Altri interpreti si sono invece spinti più in là, adducendo ulteriori ragioni per ritenere attendibile anche oggi il principio di diritto stabilito dalla Suprema Corte quasi quarant'anni fa. Questi, oltre a rilevare che, ritenendo l'[art. 26-bis c.p.c.](#) una norma fondante anche la giurisdizione, deriverebbero rilevanti inconvenienti pratici, che analizzeremo più avanti[8], hanno infatti constatato come la [legge n. 218 del 1995](#) non possa essere utilizzata per risolvere questo problema interpretativo non tanto, come impropriamente la relazione illustrativa afferma, perché il terzo non è soggetto formale del procedimento espropriativo, quanto invece perché essa non si occupa della giurisdizione esecutiva italiana. La previsione contenuta nell'ultima parte del suo [art. 3, comma 2°](#), laddove prevede che "rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio", non giocherebbe infatti alcun ruolo in questi casi; nell'articolo *de quo* ci si riferisce alle «materie», non anche alle «forme» di tutela giurisdizionale non contemplate dalla legge del 1995[9].

In generale, questa prima risposta ermeneutica che alcuni autori hanno elaborato non sembra colpire nel segno. Quanto affermato nella relazione lascia innanzitutto perplessi dal punto di vista sistematico, trovando supporto esclusivamente in una pronuncia del 1981, emanata in un contesto giuridico estremamente diverso da quello attuale.

Tale precedente aveva infatti attribuito la giurisdizione esecutiva sulla base della sussistenza della giurisdizione cognitiva per l'accertamento dell'obbligo del terzo, che poteva rendersi necessario in diversi casi[10], anziché in funzione dell'esercizio dei poteri coercitivi in cui si esplica la sovranità in sede esecutiva. La logica che informa la sentenza [n. 5827 del 1981](#) è, infatti, quella dell'allora vigente regime del riparto di competenza per l'espropriazione di crediti, poiché la scelta del giudice competente era ricollegata alla soggezione del terzo all'onere di comparizione in udienza, per dichiarare l'esistenza del credi-

[6] Il testo è rinvenibile negli Atti parlamentari del Senato della Repubblica, XVII legislatura, d.d.l. 1612, p.13.

[7] RUSSO, *La nuova competenza in materia di espropriazione presso terzi*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1776; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2019, p. 1072.

[8] V. *infra*, par. 4.

[9] MORETTI, *Esecuzione forzata - sull'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel processo esecutivo*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1103 e 1104; D'ALESSANDRO, *L'espropriazione presso terzi*, in LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato. Commento al d.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014*, Torino, 2014, pp. 70 e ss.

[10] Prima della riforma operata con la [legge n. 228 del 2012](#) il giudice dell'esecuzione, in caso di mancata comparizione in udienza, rifiuto di fare la dichiarazione, o contestazioni riguardo alla dichiarazione del terzo, era obbligato, su istanza di parte, a sospendere il processo esecutivo e istruire la causa secondo le forme ordinarie del rito di cognizione, decidendo con sentenza.

to pignorato, e alla domanda di accertamento pieno del suo obbligo; il previgente [art. 26 c.p.c.](#) consisteva, perciò, in una vera e propria applicazione anticipata del *forum rei* rispetto a tale eventuale domanda.

La forza persuasiva del precedente in discorso sta e cade allora insieme al presupposto normativo su cui si fonda, ossia una regola di competenza funzionale non alla pienezza dell'esercizio della sovranità in materia esecutiva, ma al potenziale esercizio dell'azione di accertamento pieno dell'obbligo del terzo, il cui istituto il legislatore ha deciso di sopprimere nel 2012. Abrogato questo, e modificata conseguentemente la regola di competenza, non ha più senso ritenere che i limiti della giurisdizione esecutiva in materia di espropriazione di crediti possano essere individuabili mediante un'applicazione analogica delle norme che determinano il potere giurisdizionale in caso di processo di cognizione<sup>[11]</sup>.

Tale conclusione esce ulteriormente rafforzata dal fatto che l'[art. 4 c.p.c.](#), sul quale la Corte stessa aveva fondato il proprio principio di diritto, è stato abrogato nel 1995, in seguito alla riforma del diritto internazionale privato. In seguito a ciò, la normativa italiana non ha più delimitato espressamente la giurisdizione in materia di obbligazioni contrattuali, operando in sua vece il [regolamento \(UE\) n. 1215 del 2012](#) (cd. Bruxelles I-bis) e, nei casi in cui il contraente non sia domiciliato nel territorio di uno Stato comunitario, l'[art. 3, comma 2°, della legge n. 218](#), che rinvia alle sezioni 2, 3 e 4 della Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>[12]</sup>.

Quest'affermazione non è inficiata nemmeno dalla circostanza che l'[art. 20 c.p.c.](#), ovvero l'altra disposizione che la Corte di Cassazione ha ritenuto rilevante per le sue conclusioni in tema di giurisdizione, non sia stato abrogato. Tale norma infatti, oltre a essere rivolta alla sola tutela cognitiva, diversamente dall'[art. 4 c.p.c.](#) è da sempre finalizzata a risolvere i problemi di mera competenza territoriale, e pertanto non si presta ad essere interpretata estensivamente come norma attributiva di giurisdizione in materia di espropriazione di crediti.

Vi sono tuttavia altri motivi per ritenere poco convincente che la giurisdizione nell'espropriazione di crediti si debba fondare sui criteri di collegamento desunti nel 1981 dalla Suprema Corte.

Al di là del mutato quadro normativo, è evidente che se la dislocazione del bene nel territorio italiano costituisce il criterio fondamentale per l'attribuzione della giurisdizione esecutiva, è lecito dubitare che esso possa essere fatto coincidere con il luogo in cui l'obbligazione è sorta. Seguendo il ragionamento delineato dalla Corte nel 1981, si dovrebbe poter svolgere discutibilmente in Italia l'espropriazione di un credito che fa capo, magari, ad un soggetto privo di legami con l'ordinamento italiano e verso un altro soggetto altrettanto estraneo allo stesso, solo perché in Italia è sorto il relativo credito. Risulta lampante come questa circostanza non valga a localizzare *ex se* in Italia l'oggetto dell'espropriazione, e a costituire, usando le parole della Corte, la "realtà fenomenica, da trasformare per adeguarla alla situazione giuridica".

Le stesse critiche possono essere mosse anche nei confronti della regola alternativa, secondo la quale la giurisdizione in materia di espropriazione di crediti sarebbe fondata sul mero fatto che l'obbligazione sia da eseguirsi in Italia. Una regola che in concreto viene specificata dall'[art. 1182 c.c.](#), il quale non individua sempre lo stesso luogo di adempimento<sup>[13]</sup>.

In poche parole, in entrambi i casi la regola di giurisdizione è suscettibile di cambiare considerevolmente in base a criteri di localizzazione del credito in Italia del tutto estranei all'individuazione della "realtà fenomenica" <sup>[14]</sup>. La stessa, in conclusione, non può essere individuata sulla base delle regole sopra individuate, dovendo ritenersi superato l'insegnamento della Corte di Cassazione del 5 novembre 1981.

### 3. Seconda teoria: la giurisdizione sussiste ogniqualvolta il terzo debitore sia residente in Italia

Pur dovendo essere ricercata diversamente la soluzione, secondo un'altra parte della dottrina il ragionamen-

[11] GIUSSANI-CASSIANI, *Il pignoramento di crediti di debitori esteri e l'art. 26-bis c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, pp. 1186 e 1187.

[12] Il richiamo della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 è esplicitamente comprensivo, secondo l'[art. 3](#) della legge, delle sue «successive modificazioni in vigore per l'Italia» e deve intendersi riferito anche alle modificazioni intervenute dopo l'entrata in vigore della legge, estendendosi pertanto al più recente [reg. \(UE\) n. 1215/2012](#) (c.d. Bruxelles I-bis); in senso conforme v. Cass. sez. un., [20 febbraio 2013, n. 4211](#) in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2013, p. 482.

[13] Le obbligazioni pecuniarie solitamente vanno adempiute al momento della scadenza al domicilio del creditore, ma nel caso in cui questo sia mutato rispetto a quello originario e abbia così reso più gravoso l'adempimento, il luogo di adempimento si sposta nel domicilio del debitore, salvo poi in generale ogni eventuale patto contrario.

[14] SALETTI, *Competenza e giurisdizione nell'espropriazione di crediti*, in [www.judicium.it](#), p. 18.

to di fondo delineato dalle Sezioni Unite non sarebbe errato, essendo condivisibile che il criterio di collegamento, al fine di determinare la giurisdizione, sia la localizzazione della realtà fenomenica, sulla quale l'esecuzione forzata deve incidere, e che in particolare nell'espropriazione di crediti si debba dunque aver riguardo alla localizzazione del credito.

Ciò che però questi autori non condividono sono le conclusioni cui i giudici di legittimità sono giunti, ossia il fatto che essi abbiano risolto il problema sulla base delle regole poste dall'[art. 4, n. 2, ultima parte](#), e dall'[art. 20 c.p.c.](#), concludendo pertanto che la sussistenza della giurisdizione italiana dovesse essere affermata nel caso in cui il credito fosse sorto o dovesse essere soddisfatto, nel territorio dello Stato italiano.

A parer di questi autori[15], si dovrebbe allora far salva la premessa, ovvero la necessaria dislocazione in Italia della "realtà fenomenica, da trasformare", e individuare il criterio delimitativo della giurisdizione sulla base della collocazione territoriale di chi deve soddisfare quel credito una volta introdotto il pignoramento presso terzi, ovvero la persona del terzo debitore. Dal momento che è al *debitor debitoris* che compete realizzare l'attività necessaria per la soddisfazione del creditore precedente, dovrebbe discendere la conclusione che questo sarebbe anche il criterio che meglio individuerrebbe la realtà fenomenica, essendoci una sorta di "identificazione" tra la prestazione dovuta e chi è chiamato ad adempierla.

Certamente, il vero soggetto della potestà esecutiva nell'espropriazione di crediti è proprio il terzo debitore. Ciò è confortato dalle disposizioni in materia, e lo si può affermare con fermezza anche dopo la riforma del 2014, che solo apparentemente ha ridotto il suo ruolo in tale processo espropriativo. Egli non solo è costituito custode del credito pignorato sotto sanzione, ma soprattutto è gravato dalle conseguenze del riconoscimento presunto previsto dall'[art. 548 c.p.c.](#), tanto da rischiare di dover rispondere in proprio, anche se non è effettivamente debitore della somma pignorata. In aggiunta, qualora vengano sollevate delle contestazioni sulla sua dichiarazione, il terzo è destinato a subire un accertamento del proprio debito con forme semplificate e meno garantistiche rispet-

to a quelle di cui avrebbe potuto beneficiare in un processo di cognizione. L'intero *status* del terzo pignorato appare insomma sacrificato in quanto egli è coinvolto nel processo esecutivo, seppur non in base a un preesistente titolo esecutivo e nonostante non sia parte formale del processo esecutivo. Egli viene così ad essere parte sostanziale dello stesso, rappresentando quella «realtà fenomenica, da trasformare»; del resto, è nei suoi confronti che il creditore precedente si rivarrà sulla base del titolo esecutivo rappresentato dal provvedimento di assegnazione che si verrà a formare a valle dell'espropriazione presso terzi. Tale soluzione ermeneutica non ha però oggi alcun appoggio giuridico. Essa anzi risulta creativa, nonostante condivida in punto di giurisdizione le conclusioni affermate dal Tribunale di Milano in un'ordinanza del 21 luglio 2015[16]; mentre infatti il giudice di merito aveva risolto il caso di specie sulla base della normativa comunitaria e internazionale, per questi direttamente applicabile in materia, qui gli autori in questione deducono tale soluzione sulla base di un dato di fatto, ossia tramite un'assimilazione del terzo debitore ad una sorta di convenuto, seppur in senso atecnico, in quanto vero destinatario ultimo del giudizio esecutivo.

Un punto in comune tra l'ordinanza dei giudici di merito milanesi e la suddetta teoria potrebbe essere rintracciato nel "principio di prossimità della controversia", utilizzato dal tribunale per interpretare l'art. 22 n. 5 della convenzione di Lugano del 2007 in modo da identificare nel *debitor debitoris* il soggetto la cui presenza sul territorio nazionale è rilevante per affermare la giurisdizione del giudice italiano.

Questo non toglie però che siffatta soluzione ermeneutica, presa nella sua integralità, non può risolvere la questione in maniera soddisfacente. Sia perché, si ripete, in particolare dopo la riforma del regime della competenza in materia di espropriazione presso terzi, non è confortata dalla disciplina normativa; sia perché nel caso in cui il patrimonio del terzo non sia, in tutto o anche in prevalenza, nel medesimo Stato in cui egli risiede potrebbe non trovare concretizzazione l'esecuzione, dovendosi allora ritenere che anche in questo caso la giurisdizione rischierebbe di sussistere sulla base di un criterio estraneo all'indi-

[15] SALETTI, *op. cit.*, pp. 19 e 20; VANZ-FELLONI, *Il pignoramento presso terzi*, in DITTRICH (a cura di), *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2019, pp. 3810 e 3811; ROSSETTI, *op. cit.*, pp. 678 e 679

[16] Per una disamina più completa di questa decisione, che ha ritenuto direttamente applicabili gli [art. 24 n. 5 del reg. \(UE\) n. 1215/2012](#) e l'art. 22 n. 5 della convenzione di Lugano del 2007, v. BALBI, *op. cit.*, pp. 135 e ss.; Trib. Milano, 21 luglio 2015 (ordinanza), in *Giur. It.*, 2016, p. 611, con nota di SALVIONI, *La giurisdizione in materia di espropriazione presso terzi*.

viduazione della “realtà fenomenica, da trasformare per adeguarla alla situazione giuridica”[17].

#### 4. Terza teoria: L'applicazione dell'art. 26-bis c.p.c. come norma disciplinante la giurisdizione

Illustrate le prime due soluzioni elaborate dalla dottrina per la determinazione dei confini della giurisdizione esecutiva in materia di pignoramento di crediti, non resta che verificare la terza e ultima teoria che si è deciso di prendere in considerazione in questo elaborato, ovvero quella fondata sull'applicabilità dell'art. 3, comma 2°, ultima parte, della [legge n. 218 del 31 maggio 1995](#).

Si è già visto come, secondo la lettera di tale articolo, laddove non si applichino convenzioni internazionali e non si tratti di materie per le quali il riparto della giurisdizione sia regolato dalla convenzione di Bruxelles, la giurisdizione sussiste in base ai criteri attributivi della competenza, cioè in base a criteri formulati dal legislatore interno muovendo dalla premessa della sussistenza della giurisdizione[18].

In questo quadro, il nuovo [art. 26-bis c.p.c.](#) non sembrerebbe estraneo alla disciplina del riparto della giurisdizione. Benché infatti il legislatore del 2014, come emerge dalla Relazione illustrativa al [d.l. 132/2014](#), ne fosse inconsapevole, la nuova norma, nonostante si riferisca alla collocazione territoriale del debitore principale esclusivamente ai fini della delimitazione della competenza, per il tramite dell'art. 3 contenuto nella legge di diritto internazionale privato acquisirebbe la funzione di individuare anche il giudice dotato di giurisdizione. Tale giurisdizione, pertanto, esisterebbe tutte le volte in cui il debitore esecutato abbia la propria residenza, domicilio, dimora o sede in Italia; di conseguenza, ogniqualvolta tale norma identifichi un giudice italiano come territorialmente competente, es-

sa assegnerebbe allo stesso giudice anche la competenza giurisdizionale in materia[19].

Di conseguenza, stante questo dato normativo, pare coerente sostenere che, proprio perché la giurisdizione in materia esecutiva non è disciplinata da alcuna norma specifica, i criteri di competenza territoriale contenuti negli artt. 26 e 26-bis c.p.c. siano gli stessi che devono essere utilizzati per verificare la giurisdizione del giudice italiano[20]. D'altro canto, l'opinione di una parte della dottrina, che ritiene che la [legge n. 218 del 1995](#) non si occupi dell'esecuzione forzata, essendo volta unicamente alla disciplina della giurisdizione di cognizione e cautelare, non sembra affatto convincente; l'art. 1 della legge in questione afferma che essa «determina l'ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l'individuazione del diritto applicabile e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri», senza fare distinzione in punto di tutela giuridiche[21].

L'interpretazione che attribuisce la funzione di norma fondante la giurisdizione agli artt. 26 e 26-bis c.p.c. nelle controversie con elementi di estraneità, benché sia la più rispettosa del sistema normativo nazionale, non appare tuttavia appagante per tutte le diverse ipotesi di esecuzione forzata delle quali si sta trattando, ovvero quelle riguardanti l'espropriazione di crediti presso terzi, celando diverse criticità.

Per prima cosa, il nuovo [art. 26-bis c.p.c.](#) non detta un'unica regola in punto di competenza, distinguendo a seconda del soggetto esecutato; conseguentemente, traendo dalla regola di competenza quella di giurisdizione, quest'ultima verrebbe a dipendere da un fattore puramente accidentale, cioè dalle caratteristiche soggettive del debitore.

Se il debitore risiedesse in Italia e il terzo all'estero, la giu-

[17] Tale problema è rilevato da FIENGO, *L'esecuzione di una sentenza inglese in Italia*, in *omniaexecutiones.org*, 2017, slide 10.

[18] Vengono pertanto in considerazione le norme del codice di procedura civile che definiscono la competenza per territorio, nonché quelle contenute in leggi speciali. Tra queste merita di essere segnalato il già citato [art. 18, co. 2°, c.p.c.](#), che attribuisce competenza al giudice del luogo di residenza dell'attore quando il convenuto sia residente o domiciliato in uno stato estero. Sulla base dell'[art. 3 della legge n. 218/1995](#), sarebbe dunque permesso un ampliamento esorbitante della giurisdizione italiana, che diventerebbe pressoché universale. Sulla sua applicazione nei procedimenti espropriativi, v. *infra*, par. 5.

[19] La determinazione della giurisdizione mediante l'applicazione delle norme che disciplinano la competenza territoriale interna è senz'altro un meccanismo poco utilizzato dall'ordinamento giuridico italiano, ma appare lo stesso possibile dal punto di vista tecnico, considerata l'identità di struttura delle norme che radicano la giurisdizione e quelle che regolano la competenza.

[20] Questa opinione è condivisa da GIUSSANI-CASSIANI, *op. cit.*, p. 1193; BALBI, *op. cit.*, pp. 139 e 140; FINOCCHIARO, *Riscritto il regime dell'espropriazione presso terzi*, in *Guida dir.*, 2014, n. 40, p. XLVII; CONSOLLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, p. 449. Perviene alla medesima conclusione in punto di giurisdizione, anche se con diversa argomentazione, BOVE, *La nuova disciplina in materia di espropriazione del credito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 4, che afferma che “se si parte dal presupposto che il bene credito è “allocato” nel luogo in cui deve avvenire l'adempimento, a me sembra che oggi si debba guardare, non più a quel criterio oggettivo, bensì al criterio soggettivo che si ancora al luogo in cui è “allocato” il debitore esecutato”.

[21] Ritengono invece che tale norma non possa essere applicabile in materia esecutiva D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 73; MORETTI, *op. cit.*, p. 1103.

risdizione sussisterebbe e il giudice potrebbe ordinare l'assegnazione del credito, mentre difetterebbe se ad essere eseguita fosse una pubblica amministrazione, non potendo il giudice italiano procedere all'assegnazione del credito che questa vanta verso un soggetto residente all'estero. Coerentemente, si dovrebbe concludere che, nel caso in cui oggetto del pignoramento presso terzi sia un credito vantato da una pubblica amministrazione, il giudice per affermare la sussistenza della giurisdizione italiana dovrebbe tenere conto non solo tenere conto della collocazione territoriale del debitore esecutato, in questo caso una p.a. italiana, ma anche quella del terzo debitore, irrilevante invece in tutti gli altri casi di espropriazione forzata di crediti. È d'obbligo concludere che un simile risultato determinerebbe una disparità di trattamento che non sembra poter trovare alcuna giustificazione costituzionale[22].

In secondo luogo, il risultato dell'interpretazione corretta del sistema normativo attuale porterebbe a una conseguenza abbastanza grave: nell'ipotesi in cui il terzo *debitor debitoris* avesse la collocazione territoriale in Italia, ma il debitore esecutato avesse la stessa all'estero, l'applicazione della norma precluderebbe l'espropriazione di crediti in Italia, in quanto attribuirebbe la giurisdizione al giudice del luogo in cui risiede il debitore, e cioè al giudice di un altro Stato.

Il rischio che da questa interpretazione discende è che un soggetto estero, in vista di una futura esecuzione forzata, potrebbe limitare in via di fatto la propria garanzia patrimoniale acquistando crediti verso soggetti che a loro volta detengono esclusivamente attività suscettibili di essere espropriate soltanto in Italia. Il credito in questo caso non potrebbe infatti essere assegnato ai sensi dell'[art. 553 c.p.c.](#) per mancanza della giurisdizione italiana, men-

tre un giudice straniero potrebbe anche assegnare il credito, ma difetterebbe poi la giurisdizione estera per la soddisfazione dello stesso in un eventuale e successivo processo espropriativo basato sul titolo esecutivo rappresentato dal provvedimento di assegnazione[23]. Come rilevato anche da alcuni autori[24], dal momento che non sembra particolarmente arduo realizzare questo risultato attraverso la costituzione di persone giuridiche *ad hoc*, il problema appare serio, specie quando il soggetto estero sia collocato al di fuori dello spazio giudiziario europeo[25].

## 5. Conclusioni

È evidente, perciò, che neanche la terza teoria esaminata in questo elaborato, sebbene l'unica supportata dal dato normativo, possa essere accolta, a meno di rilevare che da essa discenderebbe l'illegittimità costituzionale dell'[art. 26-bis c.p.c.](#), non essendo in alcun modo giustificabile l'eventuale vuoto di tutela che si verrebbe a creare ai danni del creditore procedente nell'ipotesi soprammenzionata. Alcuni autori[26], pur partendo dal fondamentale presupposto dell'applicabilità della [legge n. 218 del 1995](#) alla materia esecutiva, per garantire anche in questi casi l'effettività della garanzia dell'azione, nel rispetto dell'[art. 24 Cost.](#), hanno prospettato un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'[art. 18, comma 2°, c.p.c.](#) Questo, sempre per il tramite dell'[art. 3, comma 2°, ultima parte](#), della legge n. 218 del 1995, diverrebbe una norma direttamente determinativa della giurisdizione italiana, la quale sarebbe assegnata alla sola condizione che l'attore, *alias* creditore procedente, prenda residenza in Italia. Ancorché la giurisprudenza abbia già affermato che l'[art. 18, comma 2°, c.p.c.](#), possa essere invocabile ai fini del riparto della giurisdizione[27], è da ritenere che tale articolo non possa applicarsi nei procedimenti di esecuzione.

[22] Tra gli altri, v. SALETTI, *op. cit.*, p. 16, che conclude che "non si vede come la sovranità statale potrebbe sussistere, o meno, in ragione della qualità soggettiva del debitore; e ciò induce ad abbandonare la via dell'applicazione analogica della regola suddetta di cui all'[art. 3 l. n. 218/1995](#), per mancanza dell'*eadem ratio*".

[23] In una successiva espropriazione forzata fondata sull'ordinanza di assegnazione del credito, il criterio di collegamento per ritenere sussistente la giurisdizione va infatti desunto dalla localizzazione del bene da espropriare, salvo il caso in cui naturalmente si tratti di un'altra espropriazione presso terzi. Sul punto v. anche *supra*, par. 1.

[24] GIUSSANI-CASSIANI, *op. cit.*, p. 1193. Ritiene più in generale che non sia affatto soddisfacente che il giudice italiano debba precludere l'espropriazione di crediti quando il debitore esecutato sia residente all'estero, nonostante il terzo sia in Italia, anche BALBI, *op. cit.*, pp. 140 e 141.

[25] Al di fuori di esso, non operano né il [regolamento Bruxelles I-bis](#), né il [regolamento n. 805/2004](#), istitutivo del titolo esecutivo europeo (c.d. "Tee") per i crediti non contestati.

[26] FINOCCHIARO, *L'espropriazione presso terzi*, in ARIETA-DE SANTIS-DIDONE (a cura di), *Codice commentato delle esecuzioni civili*, Torino, 2016, p. 954; BALBI, *op. cit.*, p. 141, ritiene possibile il ricorso non solo alla norma di chiusura contenuta nell'[art. 18 c.p.c.](#), ma anche all'[art. 20 c.p.c.](#), nei casi in cui il luogo di adempimento del credito da assoggettare ad espropriazione si trovi in Italia.

[27] Si veda Cass. sez. un., [9 dicembre 1996, n. 10954](#), in *Riv. Dir. internaz.*, 1997, pp. 519 e ss, che ha fondato la giurisdizione italiana sul criterio in questione.

ne forzata. Si deve infatti concordare con quella parte di dottrina[28] che rileva che non soltanto l'art. 18 c.p.c. si riferisce ad attore e convenuto, ossia a ruoli che non si riscontrano propriamente nel procedimento esecutivo, ma soprattutto che la competenza per l'esecuzione forzata è espressamente qualificata come inderogabile dall'art. 28 c.p.c., con la conseguenza che i fori indicati dalla legge debbano ritenersi, oltre che inderogabili per accordo delle parti, anche esclusivi di quelli che, come accade per l'art. 18 c.p.c., sono a loro volta applicabili soltanto allorché la legge non disponga diversamente.

Dall'applicabilità dell'art. 18, comma 2°, c.p.c. ai procedimenti di espropriazione di crediti deriverebbe poi un'indebita universalizzazione della giurisdizione: qualunque straniero potrebbe chiedere l'attribuzione di crediti di debitori stranieri verso terzi stranieri semplicemente collocando in Italia una propria residenza. I giudici italiani sarebbero così gravati di un carico di lavoro talmente notevole da poter pregiudicare l'effettività della garanzia dell'azione in quelle occasioni in cui l'esercizio della giurisdizione sia invece indefettibilmente dovuto. Quanto detto comporta che neppure la Corte Costituzionale, qualora chiamata a decidere sul punto, potrebbe validamente affermare l'applicabilità dell'art. 18, comma 2°, c.p.c. ai procedimenti di espropriazione di crediti, poiché travalicherebbe quanto necessario per tutelare l'azione dei creditori precedenti.

Esclusa questa pista, sembra allora che la questione non possa essere risolta per via interpretativa dai giudici di merito. Per quanto possa essere considerato in senso lato il concetto di "interpretazione costituzionalmente orientata", l'art. 26-bis c.p.c. non si presta affatto ad essa; la strada dell'interpretazione conforme a Costituzione finirebbe per tradursi, di fronte ad una norma dalla chiara portata precettiva, in un'operazione di stravolgimento del suo contenuto, senz'altro preclusa alle autorità giurisdizionali diverse dalla Consulta.

In merito all'affermazione secondo la quale l'art. 26-bis c.p.c. si potrebbe interpretare come rilevante soltanto in relazione alla determinazione del giudice competente, senza alcuna conseguenza in ordine ai limiti della giurisdizione italiana, sembra doversi dissentire proprio per le considerazioni già svolte nei riguardi dell'art. 18, comma 2°, c.p.c.: anche in questo caso il rischio sarebbe quello

di riaffermare la giurisdizione in materia di espropriazione di crediti sulla base dei criteri delimitati dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 1981, e conseguentemente di affermare la giurisdizione sulla base di limiti troppo ampi, in contrasto con lo spirito della riforma della legge n. 218/1995 e con le innovazioni riguardanti l'espropriazione presso terzi, tra le quali naturalmente l'abrogazione di quel giudizio di accertamento del credito dal quale si traeva la *ratio* del precedente in questione[29].

A questo punto, non resta che concludere che soltanto la Corte Costituzionale è legittimata a risolvere questa esigenza di ordine pratico. Essa dovrebbe allora dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 26-bis, comma 2°, c.p.c., limitatamente alla parte in cui non prevede, nel caso in cui il debitore principale abbia residenza, domicilio, dimora o sede all'estero, la competenza del giudice del luogo di residenza, dimora, domicilio o sede del terzo detentore di beni pignorabili soltanto in Italia, salvaguardando così il diritto ad agire in giudizio del creditore precedente, previsto dagli artt. 3 e 24 della Costituzione[30]. Del resto, però, anche risolvendo così la questione, si conserverebbe, quell'ingiustificata disparità in punto di giurisdizione, basata sulle qualità soggettive del debitore esecutato, seppur limitatamente ai casi in cui il terzo non sia detentore di beni pignorabili esclusivamente in Italia. In questo caso, sarebbe allora auspicabile esclusivamente un intervento normativo, il quale, ad esempio, potrebbe anche eliminare la suddetta disparità tra debitore esecutato pubblico e privato in punto di competenza, abrogando *sic et simpliciter* il comma 1 dell'art. 26-bis. Sebbene la scelta del legislatore del 2014 di distinguere la competenza in materia di espropriazione di crediti sia costituzionalmente corretta, in quanto ispirata al superiore interesse al buon funzionamento del sistema giustizia, essa non appare affatto necessaria o quanto meno indispensabile. *De iure condendo*, risulterebbe mutata anche la giurisdizione, che sarebbe in ogni caso ancorata esclusivamente alla collocazione territoriale del debitore, salvo quanto detto riguardo al terzo detentore di beni pignorabili soltanto sul territorio italiano.

In alternativa, il legislatore potrebbe intervenire direttamente sulla legge di diritto internazionale privato, al fine di stabilire esplicitamente la giurisdizione in materia di espropriazione di crediti; cosa che avrebbe potuto e dovu-

[28] GIUSSANI-CASSIANI, *op. cit.*, p. 1192.

[29] *Contra* FINOCCHIARO, *Riscritto il regime dell'espropriazione presso terzi*, cit., p. XLVII, il quale ad ogni modo preferirebbe un intervento legislativo sul punto.

[30] Così anche GIUSSANI-CASSIANI, *op. cit.*, p. 1195.



to compiere direttamente con il [d.l. n. 132/2014](#), ma che non ha fatto in quanto, come trapela dalla Relazione illustrativa al d.l., non ha minimamente tenuto conto dei riflessi che la modifica in punto di competenza ha avuto sul meccanismo di accertamento della giurisdizione. Sarebbe allora preferibile e maggiormente soddisfacente dal punto di vista pratico riformare la [legge n. 218](#) prevedendo che la giurisdizione italiana in tale materia sussista sulla base della collocazione territoriale del terzo, ovvero quel soggetto che nei fatti è direttamente coinvolto nel procedimento espropriativo, e in ogni altro caso in cui tale sog-

getto abbia beni pignorabili soltanto in Italia, la cui circostanza dovrebbe essere provata dal creditore procedente. In questo modo, non solo la sussistenza della giurisdizione non verrebbe più a dipendere dalle caratteristiche soggettive del debitore esecutato, ma risulterebbe particolarmente complicato per quest'ultimo svincolarsi da un'esecuzione forzata costituendo persone giuridiche *ad hoc*, titolari di beni aggredibili soltanto in Italia, dal momento che in questo caso la giurisdizione sussisterebbe e il giudice potrebbe provvedere all'assegnazione del credito ai sensi dell'[art. 553 c.p.c.](#)

## DEONTOLOGIA FORENSE, PROCESSO CIVILE E NUOVE TECNOLOGIE

# Appunti su deontologia forense, processo civile e nuove tecnologie

di Massimiliano Bina

DEL 22 GIUGNO 2020

### Sommario

1. Premessa
2. L'incidenza sui doveri di fedeltà: il dovere di competenza (art. 14 CDF) e di aggiornamento professionale (art. 15 CDF)
- 3 Segue: il dovere di riservatezza (art. 13 CDF) e il dovere di mantenere il riserbo e il segreto professionale (art. 28 CDF)
4. Segue: il dovere di informare il cliente (art. 27 CDF)
5. L'incidenza delle nuove tecnologie sui doveri di probità dell'avvocato
6. Segue: il dovere di verità (art.50 CDF)
7. Segue: il dovere di lealtà e probità nel processo (art. 88 c.p.c.)
8. Impatto delle nuove tecnologie sui rapporti con i magistrati

### 1. Premessa

Il processo civile al tempo del COVID-19 verrà ricordato come il momento in cui l'avvocato ha dovuto fare i conti con l'uso delle nuove tecnologie. Non che sia una novità in senso assoluto, ma conferma una tendenza iniziata con il processo civile telematico e ci costringe ad alcune riflessioni. In particolare, occorre verificare come le nuove tecnologie incidano: sui doveri di fedeltà dell'avvocato nei confronti del cliente (dovere di competenza, di riservatezza, di informare il cliente); sui doveri dell'avvocato quando agisce nel processo per conto del cliente (dovere di verità; dovere di lealtà e probità); sui rapporti tra avvocato e magistrati.

### 2. L'incidenza sui doveri di fedeltà: il dovere di competenza (art. 14 CDF) e di aggiornamento professionale (art. 15 CDF)

L'avvocato ha un dovere di competenza che non si esaurisce nella conoscenza approfondita della legge, ma implica anche la padronanza delle tecniche di utilizzazione del sapere giuridico<sup>[1]</sup>.

Non solo; all'avvocato sono richieste altre attitudini (ad es. delle abilità espositive e psicologiche, l'abilità nell'utilizzare tecniche di argomentazione e di negoziazione, la capacità di prevedere l'esito della lite) che concorrono a formare il suo bagaglio professionale.

Tra queste vi rientra anche la competenza in materia di nuove tecnologie con cui l'avvocato è tenuto a confrontarsi quotidianamente. Ciò accade tutte le volte in cui l'avvocato si trovi a dovere affrontare una questione che coinvolge profili attinenti l'*information technology* perché lo impone il legislatore (come è avvenuto con il processo civile telematico; o come è stato imposto dalla legislazione emergenziale in tempo di COVID 19 per le udienze da remoto); o perché l'avvocato si trova a dover valutare l'ammissibilità o la portata di un mezzo di prova rappresentato in un documento informatico; oppure, quando l'avvocato decida di utilizzare le nuove tecnologie per offrire nuovi servizi al cliente, o in una prospettiva di *legal marketing* o, ancora, perché gli strumenti informatici risultano utili per una più efficiente organizzazione dello studio legale.

Il nostro Codice Deontologico Forense non si occupa della competenza tecnologica dell'avvocato a differenza del commento 8 alle *Model Rules of Professional Conduct* dell'*American Bar Association*, dal 2012 prevede espressamente che "l'avvocato deve tenersi al corrente dei cambiamenti nella legge e nella sua pratica, compresi i vantaggi e i rischi associati alla tecnologia...". Non si può escludere, tuttavia, nonostante il silenzio del CDF,

[1] G.C.Hazard, A.Dondi, *Etiche della professione legale*, Bologna 2005, p.155 ss.

che l'avvocato non debba avere un dovere di competenza tecnologico[2] quando, nella professione forense, si avvalga di strumenti informatici.

### 3 Segue: il dovere di riservatezza (art. 13 CDF) e il dovere di mantenere il riserbo e il segreto professionale (art. 28 CDF)

Il dovere di riservatezza, previsto dall'art. 13 e 28 del CDF, obbliga l'avvocato a non divulgare le informazioni acquisite nel corso del mandato professionale[3].

Alcune delle informazioni oggetto del dovere di riservatezza dell'avvocato sono tutelate anche dalla legge processuale[4]. L'avvocato, infatti, ha la facoltà di astenersi dal rendere testimonianza[5] sui fatti appresi nel corso dell'attività giudiziale e in quella di consulenza legale ed assistenza stragiudiziale prestata in favore del cliente (perché oggetto di comunicazioni confidenziali ricevute dal cliente; o perché il frutto del lavoro preparatorio e delle investigazioni difensive dell'avvocato e purché non siano state divulgate, nemmeno accidentalmente), cioè su quelle informazioni che l'art. 6 l. 247/2012 («della legge professionale forense») qualifica in termini di *segreto professionale*. Analogamente, agli organi esecutivi dello Stato ed alla polizia giudiziaria è impedito di procedere all'acquisizione della documentazione riconducibile al segreto professionale[6].

Ne consegue che il dovere di riservatezza ha un contenuto negativo, perché proibisce all'avvocato di divulgare le informazioni coperte da segreto professionale; ed uno positivo, perché impone all'avvocato l'obbligo di adoperarsi per tutelare dette informazioni. L'avvocato, pertanto, deve evitare, ad esempio, le chiacchiere da ascensore; de-

ve sincerarsi che le conversazioni con il proprio cliente avvengano in un ambiente ragionevolmente protetto; e, ancora, deve esercitare il dovere di astensione qualora venisse chiamato a testimoniare su fatti coperti da segreto professionale.

Da questo quadro emerge che l'avvocato deve preoccuparsi di valutare i rischi conseguenti all'uso delle nuove tecnologie sulle informazioni che egli è tenuto a mantenere riservate. Deve, in altre parole, analizzare il tipo di informazioni acquisite (qualificandole confidenziali o altamente confidenziali, in ragione del profilo del cliente e dell'esistenza di ragioni oggettive, come il coinvolgimento di minori, l'esistenza di un segreto industriale) e valutare l'adeguatezza degli strumenti informatici utilizzati per trattare il predetto tipo di informazioni (ad esempio, l'avvocato che difende un coniuge in una separazione non deve inviare email aventi ad oggetto comunicazioni relative alla causa all'indirizzo comune di entrambe i coniugi; ancora, sempre a titolo esemplificativo, deve valutare il sistema di archiviazione dei dati in *cloud* che ritiene di adottare e l'affidabilità della società che presso cui vengono archiviati). L'avvocato è tenuto, poi, a condividere con il cliente le modalità di trattamento informatico delle informazioni, soprattutto quando le informazioni sono qualificate come altamente confidenziali.

### 4. Segue: il dovere di informare il cliente (art. 27 CDF)

Tra i doveri di informazione che gravano sull'avvocato, rientra anche quello di informare il cliente sull'utilizzo delle nuove tecnologie.

Quando l'avvocato ha un potere discrezionale di scegliere

[2] Per una panoramica della questione, in dottrina, v. A. Dondi, *Processo civile, new technologies e implicazioni etico-professionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 863 ss.; J. Baker, *Beyond the Information Age: The Duty of Technology Competence in the Algorithmic Society in South Carolina Law Review*, Vol. 69, 2018, p. 1 ss.; J. A. Guttenberg, *Practicing Law in the Twenty-First Century in a Twentieth (Nineteenth) Century Straightjacket: Something has to Give*, in *Mich. St. L. Rev.* 2012, p. 415 ss.; K. Ho, *Defining the Contours of an Ethical Duty of Technological Competence*, in *Geo. J. Legal Ethics* 2017, vol. 30, p. 853 ss.; H. Frostestad Kuehl, *Technologically competent: ethical practice for 21st century lawyering*, in *Journal of law, technology & the internet* 2019, vol. 10, p. 1 ss.; C. B. Preston, *Lawyers' Abuse of Technology*, in *Cornell L. Rev.* 2018, vol. 103, p. 879 ss.

[3] Cfr. il commento alle MRCP disponibile su [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/rule\\_1\\_6\\_confidentiality\\_of\\_information/comment\\_on\\_rule\\_1\\_6](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/comment_on_rule_1_6); W. B. Wendel, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press 2010, p. 205 ss.; C. Wolfram, *Modern legal ethics*, St. Paul Minnesota 1986, West Publishing Company, § 6.1.3, p. 299 ss.; F. C. Zacharias, *Rethinking Confidentiality*, in *Iowa L. Rev.* 1989, vol. 74, p. 351 ss. Critiche al dovere di riservatezza sono state avanzate da D. Stevenson, *Against confidentiality*, in *U.C. Davis L. Rev.* 2014, vol. 48, 337 ss.; D. R. Fischel, *Lawyers and Confidentiality*, in *U. Chi. L. Rev.* 1998, vol. 65, p. 1 ss.

[4] R. J. Allen, R. B. Khuns, E. Swift, D. S. Schwartz, *Evidence. Text, Problems, and Cases*, 4a ed., Aspen Publisher, New York 2006, p. 787 ss., spec. 885; R. J. Allen, M. F. Grady, D. D. Polsby, M. S. Yashko, *A Positive Theory of the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine*, in *J. Legal Stud.* 1990, vol. 19, p. 371 ss.; J. B. Weinstein, J. H. Mansfield, N. Abrams, M. A. Berger, *Evidence. Cases and Materials*, 8a ed., The Foundation Press Inc., Westbury-NY, 1988, 1348 ss.;

[5] V. art. 200 c.p.p. cui rinvia l'art. 249 c.p.c.,

[6] V. l'art. 118 c.p.c., dettata per l'ispezione, e che risulta applicabile alla descrizione prevista dall'art. 129 c.p.i. e dall'art. 161 l.d.a., di cui costituiscono una specie, ed all'ordine di esibizione, per espresso richiamo dell'art. 210 c.p.c.

re se e come ricorrere all'utilizzo di nuove tecnologie, deve valutare il loro impatto sulla riservatezza delle informazioni acquisite nel corso del mandato. Quando l'avvocato non ha non ha potere sulla scelta e sulla valutazione dello strumento informatico processuale che deve utilizzare, (perché la scelta, ad esempio, è fatta dal Ministero della Giustizia o dal Giudice; oppure è imposta dal cliente), resta comunque l'obbligo di informare il cliente sulle sue caratteristiche e sulle eventuali opzioni a disposizione. Ad esempio, il cliente deve essere informato sui rischi per la sicurezza dei dati relativi ad una connessione pubblica, qualora venisse utilizzata per partecipare ad una udienza "da remoto". Ancora, se fosse lasciata alle parti la scelta di optare per la trattazione cartolare dell'udienza, o per la celebrazione di una udienza "da remoto", occorre informare il cliente sull'opportunità di insistere per l'una o l'altra modalità di attuazione del contraddittorio. Infine, se il cliente che partecipa all'udienza da remoto non fosse fisicamente presente nella stanza dell'avvocato, quest'ultimo deve informare il cliente delle regole processuali che disciplinano l'udienza.

### 5. L'incidenza delle nuove tecnologie sui doveri di probità dell'avvocato

Quando l'avvocato agisce nel processo quale rappresentante della parte ha dei doveri di probità e correttezza che tradizionalmente sono ricondotti al cd. principio di "doppia fedeltà" all'ordinamento ed al cliente. A ben vedere, il medesimo risultato cui si perviene postulando l'esistenza di una "doppia fedeltà" - che ha l'inconveniente di apparire di difficile attuazione e contemperamento, poiché non sempre è chiaro quando l'avvocato debba anteporre gli interessi dell'ordinamento a quelli del cliente - è raggiungibile considerando che i c.d. "doveri di probità" hanno una struttura diversa rispetto ai "doveri di fedeltà" dell'avvocato nei confronti del cliente, perché l'avvocato, quando agisce per il cliente, non adempie a dei doveri propri (processuali o deontologici), ma adempie a dei doveri (sostanziali) del cliente nei confronti dell'ordinamento e, financo, di terzi[7].

### 6. Segue: il dovere di verità (art. 50 CDF)

L'art. 50 CDF[8] dispone che l'avvocato ha un dovere di verità nel processo[9]. Il dovere di verità è un "dovere di probità" e la misura del dovere di verità dell'avvocato è determinata dal dovere del cliente di essere sincero[10]. In altre parole, la norma deontologica non impone un dovere nuovo in capo all'avvocato ma estende all'avvocato dei doveri che già gravano sulla parte.

In particolare, l'avvocato non deve introdurre nel procedimento (e se introdotti dal proprio cliente non deve utilizzare), prove, elementi di prova o documenti che sappia (o apprenda) essere falsi (1°, 2°, 3° comma). Ciò perché il cliente non ha diritto di introdurre o utilizzare prove false e l'avvocato non può farlo. Ancora, l'avvocato non deve rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza e suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento del magistrato (5° comma). Ciò perché il cliente non ha il diritto di mentire su questi fatti e l'avvocato, di conseguenza, non può farlo (ad esempio, l'imputato non può dire il falso riguardo le proprie generalità: non c'è contraddittorio e, pertanto, il diritto di mentire non può essere assicurato).

Ora, spesso accade che i protocolli adottati da diversi Tribunali impongono, nel corso di una udienza "da remoto", che l'avvocato debba rilasciare alcune attestazioni su fatti che non accadono "in presenza" del giudice. Bene, viola l'art. 50 CDF l'avvocato che attesti che non sono collegate, o non sono presenti nella stanza da dove egli trasmette, delle persone non legittimate a partecipare all'udienza; o, ancora, che attesti falsamente che non sono in corso registrazioni dell'udienza. Parimenti, viola l'art. 50 CDF l'avvocato che attesti falsamente l'identità del proprio cliente o che, a chiusura dell'udienza, attesti falsamente o ometta di attestare, come richiesto da alcuni protocolli, «di avere partecipato all'udienza nel rispetto del contraddittorio» o «che lo svolgimento dell'udienza è avvenuto regolarmente».

[7] L.R.Patterson, *Importanza e ruolo del cliente nell'etica professionale dell'avvocato*, in Dondi (a cura di) *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna 1993, p. 187 ss.; Id., *The Function of a Code of Legal Ethics*, in *U. Miami L. Rev.* 1981, vol.35, 695 pp. ss.

[8] R.Danovi, *Deontologia e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 63 ss.; G.C.Hazard, A.Dondi, *Etiche della professione legale*, cit., p.318 ss.

[9] In una prospettiva storica, cfr. R.Bianchi Riva, *Il dovere di verità: fra tecniche della difesa e deontologia forense nel medioevo e nell'età moderna*, in *Italian Review of Legal History* 2015, n. 04, pag. 1-20; C.R.Andrews, *Ethical Limits on Civil Litigation Advocacy: A Historical Perspective*, in *Case W. Res. L. Rev.* 2012, vol.63, p. 390.

[10] Sul dovere di verità della parte, v. M.Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018.

### 7. Segue: il dovere di lealtà e probità nel processo (art. 88 c.p.c.)

L'avvocato, nel processo, ha un dovere di collaborazione con il Tribunale che assume diverse connotazioni<sup>[11]</sup>. Anche questo è un dovere di probità - come il dovere di verità discusso al paragrafo precedente - la cui fonte è probabilmente riconducibile all'[art. 88 c.p.c.](#) che impone alla parte il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità; dovere che la stessa norma estende all'avvocato e che viene sanzionato sul piano deontologico.

Il CDF non codifica espressamente un dovere di lealtà/collaborazione nel processo: i principi ([art. 9 CDF](#)) richiamano, «*il dovere di lealtà, correttezza, probità. tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa*»; ma si riferiscono alla attività professionale in generale, non all'attività di rappresentanza processuale. La ragione, probabilmente, risiede nel fatto che il Giudice ha un potere di direzione formale dell'udienza che è, per larga parte, legalmente predeterminato con pochi margini discrezionali e possibilità di deviare dal modello standard di processo<sup>[12]</sup>. Ne consegue che il nostro codice deontologico non ha avvertito l'esigenza di prevedere un principio di collaborazione dell'avvocato nell'attività processuale come, invece, sarebbe fondamentale in un processo in cui fossero attribuiti al giudice degli importanti poteri manageriali o di adattamento delle forme processuali alle esigenze della controversia specifica.

Esistono, tuttavia, alcune regole specifiche che sono riconducibili al dovere etico di collaborazione: l'art. 46, 2° comma, CDF impone il rispetto della puntualità in sede di udienza, sanzionandone la ripetuta violazione; l'[art. 59 CDF](#), punisce il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario del processo civile, ove determinato esclusivamente dal comportamento dilatorio dell'avvocato.

Nel corso dell'udienza "da remoto", ad esempio, è possibile configurare delle ipotesi di violazione del dovere di lealtà e probità nel processo. Ciò potrebbe accadere qualora l'avvocato non si connettesse, o si connettesse sistematicamente in ritardo alla "stanza virtuale" che consente lo svolgimento delle attività di udienza; o, ancora, allorché l'avvocato dovesse addurre, ripetutamente, il malfunzionamento della connessione; infine, qualora l'avvocato abusasse degli strumenti che gli consentono di attivare o disattivare le modalità audio/video senza il rispetto dei protocolli adottati o utilizzasse impropriamente gli strumenti di condivisione dei documenti e di testi e

delle comunicazioni scritte. In tutti questi casi, in assenza di una sanzione processuale - soluzione che pare preferibile - la sanzione deontologica pare l'unica che possa fungere da misura coercitiva.

Lo stesso è da dirsi per il mancato rispetto ai termini imposti dal giudice (e che questi ultimi qualificano come perentori) per il deposito delle note per la trattazione cartolare: se non fossero sanzionati sul piano processuale, l'unica sanzione si troverebbe sul piano deontologico per violazione del dovere di collaborazione.

Allo stesso tempo, è da escludere che il dovere di collaborazione imponga all'avvocato di subire l'imposizione di regole processuali individuate dal giudice che si pongono in violazione della legge come accade, ad esempio, nelle ipotesi di trattazione cartolare di una udienza *ex art. 281 sexies c.p.c.* che, per definizione, costituisce una modalità alternativa, orale, a quella ordinaria, scritta, di svolgimento della fase conclusiva del processo-

### 8. Impatto delle nuove tecnologie sui rapporti con i magistrati

La disciplina deontologica dei rapporti con i magistrati è contenuta nel titolo IV del CDF e prevede, all'art. 54, 2° comma, CDF, che l'avvocato, salvo casi particolari, non deve interloquire con il giudice in merito al procedimento in corso senza la presenza del collega avversario; all'art. 53, 3° comma, CDF, che l'avvocato non deve approfittare di rapporti di amicizia, familiarità o confidenza con i magistrati per ottenere o richiedere favori e preferenze, né ostentare l'esistenza di tali rapporti

Le nuove tecnologie, in questo ambito, non introducono un nuovo dovere per l'avvocato, ma rendono più frequenti le occasioni nelle quali avvocati e magistrati possono incontrarsi, anche virtualmente. In passato, le ipotesi sanzionate si riducevano sostanzialmente all'avvocato che, nottetempo, si incontrava con il giudice per discutere dei fatti di causa; oggi, sono gli stessi protocolli a prevedere lo scambio o di e-mail ordinarie, o di numeri di telefono, così risultando agevolando i rapporti "fuori udienza". Al riguardo, si osserva che dovrebbe essere sanzionabile l'utilizzo della e-mail del magistrato per comunicazioni che non sono strettamente connesse al procedimento e per gli scopi per i quali l'indirizzo è stato comunicato; o la condotta dell'avvocato che intrattiene con il magistrato rapporti abituali, utilizzando *social media*.

[11] G.Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1998, p. 91 ss.

[12] Per una disamina, cfr. M.A.Lupoi, *Tra flessibilità e semplificazione*, Bologna 2018, *passim*.

## PROCEDURE CONCORDSUALI E DOVERE DI DISSUAZIONE

# Dovere di dissuasione nelle procedure concorsuali: tra rischio di automatismi ed improprie garanzie (Nota a Tribunale di Monza, decreto 10 marzo 2020)

di Emanuele Caimi

DEL 29 GIUGNO 2020

### Sommario

- I. La vicenda
- II. Complessità della crisi d'impresa, fattibilità giuridica ed eccezione di inadempimento sollevata dal curatore
- III. Dovere di dissuasione e garanzia per i terzi creditori: automatismo e garanzia

### I. La vicenda

#### Tribunale di Monza, decreto 10 marzo 2020 (Presidente Relatore dott.ssa C. Giovannetti)

All'esito infausto di una domanda di concordato preventivo seguiva la dichiarazione di fallimento da parte del Tribunale di Monza e l'insinuazione rituale al passivo fallimentare del legale che aveva patrocinato l'impresa nel procedimento di concordato "in bianco". Invocava, con riferimento al saldo per l'attività di studio, il privilegio di cui all'[art. 2751 bis comma 2 n.](#) c.c. ed in parte richiedeva il riconoscimento della prededuzione ai sensi dell'[art. 1111 f.](#)

Il curatore fallimentare sollevava tempestiva eccezione di inadempimento.

Il Giudice delegato, con provvedimento ampiamente motivato, accoglieva l'eccezione sollevata ed escludeva il credito dal passivo "*poiché l'intero impianto concordatario, in una prospettiva ex ante, era ictu oculi giuridicamente non fattibile*".

Avverso il decreto del Giudice proponeva opposizione ex [art. 981 f.](#) il creditore escluso ed il giudizio si concludeva con il decreto in commento.

Il decreto in questione, che si lascia apprezzare per chiarezza espositiva dei temi trattati, si muove essenzialmente lungo due direttrici: la prima costituita dalla consapevole complessità della crisi d'impresa con il presupposto nella necessaria conoscenza interdisciplinare in capo al patrocinatore; la seconda costituita dal necessario rispetto della fattibilità giuridica della proposta concordataria qua-

le elemento costitutivo minimo dell'obbligazione assunta dall'avvocato nell'interesse immediato della proponente e mediato del ceto creditorio in quanto tale.

Il provvedimento reso dal Tribunale di Monza attribuisce un ruolo di "regia" e coordinamento al legale che presenta una domanda di concordato preventivo; ruolo di coordinamento che non può prescindere dalla conoscenza di nozioni proprie dell'economia aziendale e della ragioneria.

Come sovente accade, la soddisfazione del ceto creditorio passa dalla realizzazione di immobili, cespiti penalizzati in questo particolare momento storico. In modo non dissimile la procedura che ha originato questo giudizio affidava la soddisfazione del ceto creditorio alla vendita di un fabbricato industriale; sin dalle prime battute è stata posta in discussione la stima allegata alla domanda, poiché un cespite similare sito peraltro nel medesimo comune censuario era stato alienato ad un prezzo inferiore di circa il 50% rispetto a quello indicato nella perizia allegata dalla ricorrente. Al minor valore del compendio immobiliare conseguiva l'impossibilità di soddisfare il requisito minimo di cui all'[art. 1601 f.](#) del pagamento nella misura del 20% dei creditori chirografari.

Nel caso di specie al legale che ha assistito l'impresa è stato contestato di non aver rilevato "*la manifesta incongruenza ed illogicità delle perizie di stima a firma ... laddove attribuiscono ai fini della determinazione dell'attivo concordatario valorizzazioni separate e distinte agli stessi beni quali controsoffittatura e impianto di condizionamento, che*

per cognizione comune costituiscono parte integrante di un fabbricato”, oltre che di aver “omesso di rilevare la manifesta incongruità della relazione di stima dell’immobile, asset fondamentale per la stessa fattibilità giuridica del concordato, laddove alla scarna descrizione dell’immobile segue un altrettanto scarno giudizio di stima motivato dall’apodittico richiamo ai diversi valori medi di mercato, privando così di affidabilità le conclusioni ivi tratte”.

Illogicità sollevata sin dalle prime fasi della procedura da parte del commissario provvisorio, sulla scorta dei risultati degli esperimenti d’asta tenutisi nel circondario del tribunale adito. Da ciò il Tribunale di Monza contesta al legale creditore di aver “omesso di dissuadere la società dal presentare la domanda di concordato non conforme al modello giuridico, privando di utilità tutta l’attività prodromica e preparatoria posta in essere... dilatando i tempi della procedura, protrattasi per un anno, con aggravio di costi ed ulteriore pregiudizio per i creditori”.

## II. Complessità della crisi d’impresa, fattibilità giuridica ed eccezione di inadempimento sollevata dal curatore.

La sommarietà della fase d’ammissione al passivo fallimentare non esime il curatore dal compiere una valutazione preliminare del credito, dovendo sollevare, ove ne sussistano i presupposti, l’eccezione di inadempimento[1]. Da tempo si ritiene che anche nei confronti dei professionisti, compresi ovviamente gli avvocati, sia possibile eccepire l’eccezione dilatoria di cui all’art. 1460 c.c.[2] finalizzata a paralizzarne la domanda d’adempiamento.

Muovendo dalla complessità della crisi d’impresa e dall’interdisciplinarietà dell’approccio risolutivo alla stessa[3], il Tribunale di Monza evoca, per valutare la posizione del patrocinatore, “i principi di responsabilità che governano il lavoro in equipe”, contemplando “il controllo sull’operato altrui”[4].

Al legale viene attribuito il ruolo di coordinare l’opera de-

gli altri professionisti incaricati dal proprio assistito. Ed invero, come noto, diverse figure entrano in scena nella gestione della crisi oltre al primo: il commercialista, a cui compete usualmente l’aggiornamento delle scritture contabili e la supervisione, se non la predisposizione di un bilancio intermedio; l’advisor, per la redazione del piano della procedura, soprattutto con riferimento allo sviluppo temporale della stessa, alle valutazioni in ordine agli scenari avversi, etc.; l’attestatore, con i noti e complessi compiti di valutazione della fattibilità e della convenienza della proposta; altri periti, chiamati a stimare i beni mobili o immobili eventualmente presenti nell’attivo.

Non si è beninteso in presenza di una responsabilità *ex art. 2232 c.c.*, dal momento che gli altri professionisti coinvolti non si possono considerare né sostituiti, né ausiliari dell’avvocato incaricato della presentazione della domanda. Si fa leva piuttosto sul fatto che al legale compete il ruolo di “propulsore della procedura”[5], non fosse altro perché è l’unico titolare dello *ius postulandi*, e perché oltretutto l’accordo in senso lato tra creditore e debitore «*si forma nel processo*»[6].

È su questa base giuridica che, secondo la pronuncia a commento, il legale ricopre il ruolo di “interlocutore fra l’imprenditore in crisi ed il Tribunale”, anche se, di fatto, sovente questa funzione, soprattutto verso l’impresa, è condivisa con altri professionisti; in particolare, il legale “che assiste l’impresa nella presentazione della domanda di concordato, sarà tenuto a verificare la conformità alle linee guida di settore dei criteri di valutazione utilizzati dagli esperti estimatori, al fine di rilevare eventuali incongruenze ed illogicità nelle stime degli assets aziendali soprattutto se incidenti sulla stessa fattibilità giuridica del piano concordatario”.

Questa valutazione deve del resto compiersi anche in forza del dovere dell’avvocato di dissuadere il proprio assistito dal promuovere azioni inutilmente gravose[7], e di in-

[1] Eccezione da sollevarsi rispetto ad ogni azione eventualmente promossa (cfr. Cass. 3 maggio 1979 n. 2549 in *Mass. Giust. Civ.*, 1979) e tempestivamente a cura del curatore, non rientrando tra quelle rilevabili d’ufficio (cfr. Cass. 18 luglio 2012 n. 12416, in *Diritto e giustizia on line*, 2012).

[2] In questi termini, Cass., Sez. Civ. II, [16 luglio 2018, n. 18.858](#) con nota di Bruno, *Il contratto di patrocinio è atto distinto e separato dal mandato alle liti*, in *Dir. & Giustizia*, 2018, p. 18 e ss.; Cass. [5 luglio 2012 n. 11304](#); Cass. [2 febbraio 2007, n. 2257](#); Cass., Sez. Civ. II, [23 aprile 2002, n. 5928](#) in *Giur. it.*, 2003, p. 460.

[3] Si veda Ibaa, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. società*, 2016, p. 1026, per cui a tale complessità certamente non è estraneo lo “scadimento davvero insostenibile della qualità della produzione normativa”.

[4] Cfr. Trib. Milano, Sez. I, 5 febbraio 2020, n. 1007, Redazione Giuffrè. L’ascritto ruolo di “direzione” non comporta peraltro che si trasformi “l’obbligo di vigilanza in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione” agli altri componenti dell’equipe (Trib. Milano, Sez. I, 12 febbraio 2020, n. 1350, Redazione Giuffrè).

[5] Così, Trib. Bolzano, 14 luglio 2017, richiamata dal Tribunale di Monza nel decreto in esame.

[6] Censoni, *Il concordato preventivo*, in Jorio-Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2016, IV, p. 12.

[7] Cfr. Trib. Catanzaro, Sez. I, 4 giugno 2018, n. 937, Redazione Giuffrè: “l’avvocato ha l’obbligo di non consigliare azioni inutilmente gravose e di informare il cliente delle caratteristiche della controversia e delle possibili soluzioni, sussistendo in capo a questi un vero e proprio obbligo di dissuasione”.

formare il proprio agire al perseguimento “*del buon esito della lite*”[8]. Siffatto dovere, per il Tribunale di Monza, può insomma considerarsi assunto in materia concorsuale anche nei confronti della massa dei creditori, dal momento che compete al legale la prededuzione per i propri compensi.

In un certo senso, si chiede al legale di compiere una pre-valorazione delle *chances* della domanda di concordato di superare il vaglio del Tribunale fallimentare. La «fattibilità giuridica» della proposta e la valutazione economica della stessa costituiscono forse i profili più disputati della riforma dell'istituto concordatario, o meglio delle riforme dello stesso succedutesi nel tempo. A questo punto, la prognosi di tale fattibilità viene a costituire un presupposto imprescindibile per la valutazione della fondatezza dell'eccezione d'inadempimento sollevata.

Questo significa anche che i compiti e le responsabilità del legale dovrebbero commisurarsi alla continua evoluzione della normativa e della sua interpretazione. È noto che, all'indomani della riforma del 2005 si era sostenuto che al giudice competesse un ruolo di mero controllo formale, di tipo notarile[9], esclusa ogni valutazione di merito[10]. Non sono neppure mancate posizioni in senso contrario che riaffermavano la possibilità di estendere il controllo al merito della proposta[11]. Si è poi formato un terzo orientamento, intermedio, che riconosceva all'autorità giudiziaria un controllo di legittimità sostanziale, ovvero una valutazione che, esclusa ogni considerazione di merito, vagliasse la completezza dei dati affinché possa formarsi il consenso pieno dei creditori[12]. Su questa linea direttrice si è infine concretato l'approccio prevalente di ascrivere al giudice il compito di vagliare la “*completezza e l'affidabilità della documentazione depositata*”, risultando “*permesso il sindacato sulla veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti prodotti, sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica*”[13].

E dunque l'avvocato patrocinatore, sulla base di questi

principi, con l'ausilio degli altri componenti dell'équipe, dovrebbe vagliare preventivamente se sussistono buone *chances* di accoglimento della domanda concordataria. Il che induce a sollevare due interrogativi, non esplorati dal Tribunale di Monza, che pure ha riconosciuto la peculiarità della materia: in quali termini può entrare in gioco l'art. 2236 c.c., che limita, in caso di speciale difficoltà, la responsabilità del professionista al dolo e alla colpa grave? In secondo luogo, visto che i principi della responsabilità “in équipe” si sono formati in ambito sanitario, ove si riscontra una eguale formazione di base di tutti i partecipanti, è possibile attribuire all'avvocato patrono la responsabilità in parola, anche quando l'errata stima del “buon esito” della domanda discenda da elementi (in ipotesi, inadeguati o falsi) fornitigli da altri membri dell'équipe, che egli non era in grado di ben vagliare, non essendo fornito di analoga formazione (in specie in materia economica)?

### III. Doveri di dissuasione e garanzia per i terzi creditori: automatismo e garanzia.

La questione decisa dal Tribunale di Monza ruota intorno alla inadeguata valorizzazione di un bene immobile. Pertinente è la lettura dell'art. 161, comma 2, lettera b), in relazione alla lettera d), l.f. Nella lettera b) si fa riferimento ad “*uno stato analitico ed estimativo delle attività*” mentre con riferimento ai beni degli eventuali soci illimitatamente responsabili la norma si esprime richiedendo che venga indicato «*il valore dei beni...*». Il valore dei beni dei soci illimitatamente responsabili non pare ai più rappresentare un *quid* diverso rispetto alla stima delle attività analiticamente esposte, i termini parendo utilizzati come sinonimi. In entrambi i casi si dovrà insomma indicare il valore monetario dei beni, analiticamente individuati, di guisa che sia possibile determinare l'attivo da destinarsi alla concreta soddisfazione dei creditori.

L'ulteriore domanda che sorge spontanea alla luce dei

[8] Cass., Sez. Civ. III, 6 febbraio 1998, n. 1286, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1917: «*l'avvocato nell'espletamento dell'attività professionale, deve tendere a conseguire il buon esito della lite per il cliente e pertanto sussiste la sua responsabilità se, probabilmente e presuntivamente, applicando il principio penalistico di equivalenza delle cause (art. 40 e 41 c.p.), esso non è stato raggiunto per sua negligenza*».

[9] Cfr. Censoni, *Il “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2005, p. 749 e ss.

[10] Cfr. Cass. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fallimento*, 2010, p. 822; e v. anche App. Milano, 4 ottobre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 317: “*la fattibilità del piano è nozione che attiene alle modalità operative che si presentano, in linea di principio idonee a far conseguire i fondi occorrenti per regolare i debiti. Ne deriva che la concreta realizzabilità del piano, nelle sue articolazioni e modalità, non è questione che attiene alla sfera di cognizione del giudice, e ciò soprattutto nella fase di ammissione*”

[11] Si veda, in particolare con riguardo al tema del valore dei beni offerti ai creditori per la soddisfazione, Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, p. 559.

[12] Tra le tante, App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fallimento*, p. 1315.

[13] Cfr. Cass., I Sez. Civ., 4 maggio 2017, n. 10819, in *Guida al diritto*, 29, p. 72.



principi affermati nella pronuncia a commento, è abbastanza intuitiva. Qual è il confine tra una carenza non grave dell'elaborato altrui e l'inverarsi di una responsabilità - espressione dell'obbligazione dissuasiva - del patrono? Nel concreto: l'esito di un'asta per un bene simile, nel medesimo contesto territoriale, costituisce di per sé motivo di critica o meglio parametro per la valutazione della congruità della stima di un bene resa da altro professionista?

Il sostantivo "stima" evoca in realtà un apprezzamento soggettivo. Oltre a ciò non si può ignorare l'intento acceleratore impresso alle aste con la modifica del [secondo comma dell'art. 571 c.p.c.](#)[14]. Ciò conduce a ritenere inadeguata la mera assunzione del prezzo di vendita al metro quadro spuntato in un'asta pubblica, quale elemento esterno di comparazione del valore per altro bene: non è in effetti detto che in sede d'asta si realizzi anche per il secondo immobile il medesimo prezzo al metro quadrato, poiché l'esito dell'asta dipende da altre variabili (in specie, la presenza di contendenti più o meno determinati) che non il valore di mercato di un bene.

Dunque, se è corretto determinare il valore di un dato bene secondo le molteplici e concorrenti circostanze considerate dal perito; se è corretto escludere l'assunzione del prezzo realizzato in sede d'asta come parametro obiettivo, per le ragioni di cui si è detto, è invece giusto chiedersi se, nel caso di specie, vi sia stato o meno un processo di valutazione incentrato sull'effettivo valore del bene. Vale a dire che si può considerare espressione del ruolo di "regista" attribuito al legale, e quindi adempimento dell'obbligo dissuasivo, non il vaglio della stima in sé sulla scor-

ta di un dato assunto a posteriori, bensì l'attenzione rivolta ad accertare se *ex ante* lo stimatore, l'*advisor* e l'attestatore abbiano considerato le variabili connesse al tempo della vendita e all'andamento delle aste, sì da avere apportato in considerazione di ciò adeguate rettifiche al valore di stima.

Se nella proposta concordataria non si sia considerata l'ipotesi dei ribassi d'asta, se si sia ignorata la contemporanea offerta ai pubblici incanti di altri beni con le medesime caratteristiche, se non si siano apportati i correttivi del caso, si potrà affermare l'inadempimento del legale; in altre parole, se nel piano non si siano considerati anche i c.d. "scenari avversi", potrà ritenersi non adempiuto il dovere di dissuasione.

In definitiva, occorre evitare che affermazioni di responsabilità per il legale discendano automaticamente da una rivalutazione successiva del fatto[15]: ciò pare gravoso ed ingiusto.

Nel quadro di continue riforme del diritto societario e del diritto della crisi in senso lato, che vedono sempre più privilegiare la conservazione dell'impresa[16], o meglio che nel giudizio di comparazione tra l'interesse dei terzi e quello dell'avvio dell'impresa o della ripresa, fanno prevalere quest'ultimo[17], il comprensibile intento del Tribunale di Monza è quello di salvaguardare ancora in qualche misura il primo. Nondimeno, occorre evitare che l'estensione del contenuto del dovere di dissuasione in capo al legale in favore della massa concorsuale è questa, divenga uno strumento improprio di garanzia della stessa, volto a sopperire all'affievolimento che la tutela del ceto creditorio dei terzi ha subito nella normativa.

[14] Ove lo si ritenga applicabile anche alle vendite in seno a procedure concorsuali. Lo sarà sicuramente nell'ipotesi in cui nella vendita disposta si faccia rimando alle norme previste dal codice di procedura civile.

[15] Esclude il temuto automatismo Cass., Sez. Civ. III, 29 aprile 2020 n. 8401, in *Diritto & Giustizia*, 30 aprile 2020, con nota di Villani, *Il cliente può rifiutare di pagare l'avvocato se prova la violazione del dovere di informazioni e dissuasione*.

[16] Cfr. Salamone, *Funzione del capitale e funzionamento netto della società a responsabilità limitata oggi*, in *Banca borsa*, 2016, I, 16.

[17] Cfr. Briolini, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca borsa*, 2016, I, p. 149.

# Le Pagine de AC | 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

### **Marco Farina**

Avvocato in Roma. Professore a contratto di diritto processuale civile presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUISS Guido Carli di Roma. È autore di una monografia e di numerosi articoli pubblicati in varie riviste scientifiche nelle materie del diritto processuale civile, nazionale ed internazionale, e del diritto fallimentare e partecipa, regolarmente, come relatore, a convegni scientifici e di aggiornamento professionale.

### **Giovanni Viglino**

Dottore in giurisprudenza e attualmente studente LL. M. a Ginevra in risoluzione internazionale delle controversie (MIDS LL. M.). Giovanni è coinvolto in diversi progetti accademici, tra i quali la Willem C. Vis Moot Competition in arbitrato internazionale, dove collabora sia come arbitro sia come uno dei coach della squadra dell'Università degli Studi di Milano.

### **Ilaria Lombardini**

Avvocato e Assegnista di Ricerca in Diritto Processuale Civile e Docente a contratto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

### **Elisa Giardini**

Avvocato in Ravenna, ha acquisito un Master Universitario di 1° Livello in "Diritto dell'Ambiente – La gestione dell'ambiente" presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

### **Alessio Antonelli**

Senior Associate dello Studio Legale Lipani Catricalà & Partners, con sedi a Roma e Milano.

Si occupa di diritto civile, commerciale, societario, tributario, amministrativo e del lavoro.

Membro del Centro Studi istituito all'interno dello Studio, è altresì relatore nell'ambito del ciclo di eventi formativi organizzati annualmente dallo Studio Legale Lipani Catricalà & Partners, accreditati presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

### **Ermelinda Hepaj**

Dal gennaio 2019 al giugno 2019, ha frequentato la XIX edizione del Master "Il diritto dei trust nei Paesi d'origine e in Italia", arricchendo il proprio bagaglio giuridico sul diritto dei trust ed il sistema di common law. È attualmente assegnataria di borsa di ricerca annuale indetta dalla "Associazione il trust in Italia" in collaborazione con il Consorzio Uniforma e l'Università di Genova. Svolge altresì la pratica forense in Bologna.

### **Matteo Magnani**

laureando in Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna

### **Massimiliano Bina**

Professore a contratto di Deontologia e Ordinamento forense presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università dell'Insubria di Varese. È autore di diversi articoli pubblicati in varie riviste scientifiche nelle materie del diritto processuale civile e del diritto fallimentare e partecipa, regolarmente, come relatore, a convegni scientifici, nazionali ed internazionali, e di aggiornamento professionale. Avvocato dal 2006, svolge la sua attività nei settori del contenzioso in materia civile e della crisi di impresa ed è membro del direttivo della Camera Civile di Varese

### **Emanuele Caimi**

Avvocato del Foro di Varese, Delegato alle vendite e Curatore fallimentare. Cultore della materia ed esercitatore di diritto commerciale presso il Libero Istituto Universitario Carlo Cattaneo di Castellanza. Autore di contributi in tema di diritto commerciale e fallimentare. Consigliere d'amministrazione di una società fiduciaria e Presidente di una società finanziaria.

## 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.