

IN QUESTO NUMERO:

VERIFICAZIONE E ARBITRATO

SEPARAZIONE E PROVA DELL'ADDEBITO

REQUISITI DI CHIAREZZA E SINTETICITA'

RIFORMA DELL'AZIONE DI CLASSE

NOTIFICAZIONE E SCISSIONE DEGLI EFFETTI

ATP OBBLIGATORIO

STREET ART E TUTELE

GIUDIZIO DI DIVISIONE E IPOTECHE

NOTIFICAZIONI E DECESSO DEL DESTINATARIO

VENDITA FORZATA IMMOBILIARE

PRIVATE ENFORCEMENT

ARBITRATO E MISURE COERCITIVE

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO «OMISSO MEDIO»

TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA CON DUE PADRI

SOPRAVVIVENENZE E GIURISDIZIONE

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

ESECUZIONE FORZATA E CONDOMINIO DI EDIFICI

OVERRULING PROCESSUALE

OPPOSIZIONE ALL'INGIUNZIONE EUROPEA

ORDINAMENTO FORENSE

ONERE DELLA PROVA E ADEGUATEZZA DELL'INVESTIMENTO NELLA PRESTAZIONE DI SERVIZI FINANZIARI

PROVA DELLA SIMULAZIONE

COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

ESPROPRIAZIONE IMMOBILIARE

Le Pagine de

L'AULA CIVILE

7-8 2019

luglio-agosto

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

7-8 2019

luglio-agosto

IN QUESTO NUMERO:

VERIFICAZIONE E ARBITRATO

SEPARAZIONE E PROVA DELL'ADDEBITO

REQUISITI DI CHIAREZZA E SINTETICITA'

RIFORMA DELL'AZIONE DI CLASSE

NOTIFICAZIONE E SCISSIONE DEGLI EFFETTI

ATP OBBLIGATORIO

STREET ART E TUTELE

GIUDIZIO DI DIVISIONE E IPOTECHE

NOTIFICAZIONI E DECESSO DEL DESTINATARIO

VENDITA FORZATA IMMOBILIARE

PRIVATE ENFORCEMENT

ARBITRATO E MISURE COERCITIVE

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO «OMISSO MEDIO»

TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA CON DUE PADRI

SOPRAVVENIENZE E GIURISDIZIONE

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

ESECUZIONE FORZATA E CONDOMINIO DI EDIFICI

OVERRULING PROCESSUALE

OPPOSIZIONE ALL'INGIUNZIONE EUROPEA

ORDINAMENTO FORENSE

ONERE DELLA PROVA E ADEGUATEZZA DELL'INVESTIMENTO NELLA PRESTAZIONE DI SERVIZI FINANZIARI

PROVA DELLA SIMULAZIONE

COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

ESPROPRIAZIONE IMMOBILIARE

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

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

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

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

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

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

Maggioli S.p.a.

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

Sommario

VERIFICAZIONE E ARBITRATO

- 6** La verifica della scrittura privata nel giudizio arbitrale
di Andrea Casavola

SEPARAZIONE E PROVA DELL'ADDEBITO

- 9** La prova dell'addebito nel procedimento di separazione
di Michele Angelo Lupoi

REQUISITI DI CHIAREZZA E SINTETICITA'

- 18** La chiarezza e sinteticità degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice nel processo civile
di Silvia Latino

RIFORMA DELL'AZIONE DI CLASSE

- 32** La riforma dell'azione di classe e l'eliminazione dei limiti soggettivi e oggettivi
di Giacomo Pailli e Duccio Romei

NOTIFICAZIONE E SCISSIONE DEGLI EFFETTI

- 38** Applicabilità della scissione degli effetti tra notificante e destinatario nell'ipotesi di notifica dell'atto interruttivo della prescrizione
di Alessio Antonelli

ATP OBBLIGATORIO

- 43** Atp obbligatorio in materia previdenziale ed assistenziale: non è configurabile una "omologa parziale"
(Cass. civ. Sez. VI, 5 febbraio 2019, n. 3377)
di Mattia Polizzi

STREET ART E TUTELE

- 49** La street art: dalla ribellione alla pretesa di tutela (Tribunale di Milano, Sez. XIV, ordinanza del 15 gennaio 2019)
di Francesca Ferrari

GIUDIZIO DI DIVISIONE E IPOTECHE

- 54** Sul diritto del creditore ipotecario di ottenere il soddisfacimento del credito nel giudizio di divisione
di Massimiliano Bina

NOTIFICAZIONI E DECESSO DEL DESTINATARIO

- 59** Decesso del destinatario della notifica ex art. 331 c.p.c. e integrazione del contraddittorio nei confronti della "giusta parte"
di Alessia D'Addazio

VENDITA FORZATA IMMOBILIARE

- 70** L'effetto purgativo della vendita forzata immobiliare: le formalità cancellabili su ordine del Giudice dell'Esecuzione
di Elena Briganti

PRIVATE ENFORCEMENT

- 74** La continuità economica nel *private enforcement*
di Carlo Edoardo Cazzato

ARBITRATO E MISURE COERCITIVE

- 80** Misure coercitive indirette e arbitrato
di Alessandro Nascosi

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO «OMISSO MEDIO»

- 86** Una nuova pronuncia sull'inammissibilità della dichiarazione di fallimento «omisso medio»
di Lucilla Galanti

TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA CON DUE PADRI

- 90** Gestazione per altri: il limite dell'ordine pubblico alla trascrizione dell'atto di nascita con due padri
di Giovanni Genova

SOPRAVVENIENZE E GIURISDIZIONE

- 98** Irrilevanza delle sopravvenienze in tema di giurisdizione e residenza abituale della minore
di Caterina Pasini

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

- 101** Ai confini del fallimento
di Emanuele Caimi

ESECUZIONE FORZATA E CONDOMINIO DI EDIFICI

- 106** Esecuzione forzata e condominio di edifici: considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 12715 del 14.5.2019
di Elisa Giardini

OVERRULING PROCESSUALE

- 112** Mutamento giurisprudenziale «ampliativo» e rimessione in termini
di Alberto Villa

OPPOSIZIONE ALL'INGIUNZIONE EUROPEA

- 118** Le Sezioni Unite intervengono sul coordinamento tra l'opposizione all'ingiunzione europea (Regolamento CE n. 1896/2006) e il diritto interno
di Caterina Silvestri

ORDINAMENTO FORENSE

- 121** Il contratto d'opera intellettuale eseguito da soggetto non iscritto all'albo degli avvocati: conseguenze di natura sostanziale e processuale
di Massimiliano Bina

ONERE DELLA PROVA E ADEGUATEZZA DELL'INVESTIMENTO NELLA PRESTAZIONE DI SERVIZI FINANZIARI

- 127** Allocazione dell'onere probatorio nel giudizio di verifica dell'adeguatezza dell'investimento nella prestazione di servizi finanziari
di Sara Corradi

PROVA DELLA SIMULAZIONE

- 130** La prova da parte dell'erede della

simulazione realizzata dal *de cuius*
di Pier Paolo Muià e Sara Brazzini

COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

- 134** **La difesa tecnica nelle procedure di
composizione della crisi da sovraindebitamento
a cavallo tra
la L. n. 3 del 2012 e il Codice della crisi di
impresa
e dell'insolvenza**
di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

ESPROPRIAZIONE IMMOBILIARE

- 151** **Brevi note sul versamento del prezzo
nell'espropriazione immobiliare**
di Beatrice Ficarelli

VERIFICAZIONE E ARBITRATO

La verifica della scrittura privata nel giudizio arbitrale

di Andrea Casavola

dell'1 LUGLIO 2019

Sommario

1. La verifica della scrittura privata
2. Verifica e procedimento arbitrale

1. La verifica della scrittura privata

La verifica della scrittura privata^[1] è uno dei modi previsti dall'ordinamento attraverso il quale tale documento acquista in giudizio l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2702 c.c.^[2].

Il rimedio in esame costituisce uno specifico onere per la parte che abbia prodotto in giudizio una scrittura privata e se la sia vista disconoscere tempestivamente da controparte.

L'art. 216 c.p.c., rubricato "Istanza di verifica" dispone che: "La parte che intende valersi della scrittura disconosciuta deve chiederne la verifica, proponendo i mezzi di prova che ritiene utili e producendo o indicando le scritture che possono servire di comparazione. L'istanza per la verifica può anche proporsi in via principale con citazione, quando la parte dimostra di avervi interesse; ma se il convenuto riconosce la scrittura, le spese sono poste a carico dell'attore".

La funzione del giudizio di verifica è, dunque, quella di accertare l'autenticità della scrittura o della sotto-

scrizione disconosciuta, per consentire alla parte che vi ha interesse di giovare nei confronti di colui che apparentemente l'ha sottoscritta, atteso che mediante lo stesso la scrittura acquisisce una efficacia probatoria rafforzata. Anzi, nel caso di verifica a seguito di disconoscimento, se non fosse esperito tale rimedio, la scrittura perderebbe il suo valore probatorio.

La domanda di verifica può essere proposta in via principale, cioè tramite un giudizio autonomo, o in via incidentale, e ciò avviene quando la richiesta è fatta al giudice nell'ambito di un processo in cui la scrittura privata è stata depositata.

Più precisamente, il giudizio di verifica in via incidentale è incardinato a seguito della domanda formulata dalla parte che intende avvalersi della scrittura non autenticata e disconosciuta, mediante un'azione di accertamento proposta in via incidentale nel processo principale^[3].

Dall'analisi della disciplina specifica prevista dal codice di procedura civile, emerge come il giudizio incidentale di verifica abbia una propria autonomia rispetto a

[1] Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, *passim*; Attardi A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, *passim*; Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale*, II, Milano, 2002, *passim*; Denti V., *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, *passim*; Id., *Verifica della scrittura privata*, in *NN.D.I.*, XX, Torino, 1975, p. 670 e ss; Comoglio L.P., *Le prove civili*, Torino, 2004, *passim*; Scardaccione A., *Le prove*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1971, p. 196 e ss; Mandrioli C., *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2000, *passim*.

[2] Art. 2702 c.c. - Efficacia della scrittura privata. "La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta".

[3] Si veda, Liebman E.T., *op. cit.*, II, Milano, 2002, p. 346; Scardaccione A., *op. cit.*, Torino, 1971, p. 204; Denti V., *op. cit.*, Torino, 1957 p.163; Mandrioli C., *op. cit.*, II, Torino, 2000, p. 214; Andrioli V., *op.cit.*, Napoli, 1960, p. 151.

quello principale e una funzione prettamente istruttoria, anche se termina con una sentenza di accertamento[4]. Anche la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il giudizio in questione abbia una finalità sostanzialmente istruttoria essendo questo preordinato all'utilizzazione della prova documentale all'interno del processo[5]. La Corte di Cassazione con la sentenza del 7/7/2004, n. 12734 ha affermato che: *"il procedimento incidentale di verifica della scrittura privata disconosciuta, a differenza di quello proposto in via principale, ha funzione strumentale, avendo finalità e contenuto istruttori ed inquadrandosi nell'ambito dell'attività probatoria delle parti, in quanto preordinato all'utilizzazione della prova documentale"*.

2. Verificazione e procedimento arbitrale

In assenza di una disciplina specifica, bisogna porsi l'interrogativo se all'interno del procedimento arbitrale sia possibile per il collegio pronunciarsi sulla richiesta di verifica della scrittura privata avanzata da una parte[6].

Il dubbio circa l'esperibilità del giudizio in questione, all'interno del procedimento arbitrale, sorge dal fatto che in assenza di una norma che la autorizzi espressamente, la verifica potrebbe essere considerata come una materia riservata alla giurisdizione statale e perciò gli arbitri non potrebbero decidere su di essa (come è il caso della querela di falso, la quale deve essere decisa dal tribunale). Infatti, l'art. 819, primo comma, c.p.c. prevede l'impossibilità per gli arbitri di risolvere una questione sorta *"nel corso del procedimento (...) che per legge non può costituire oggetto di giudizio arbitrale"*.

La particolarità del caso in questione emerge dal fatto che, il legislatore, da una parte ritiene gli arbitri come giudici veri e propri, ma dall'altra, non conferendo ad essi alcuna pubblica funzione, li priva del potere/dovere di giu-

dicare su alcune materie che venendo sottratte all'autonomia privata devono essere obbligatoriamente decise da un magistrato[7].

L'impossibilità di procedere alla verifica, comporterebbe la necessità di sospendere il giudizio arbitrale in attesa della formazione di un giudicato sulla scrittura; e quindi il collegio, rilevata l'istanza di verifica presentata da una delle parti, dovrebbe sospendere il procedimento arbitrale ai sensi dell'art. 819 bis c.p.c.[8] per il tempo necessario alla parte ad instaurare un procedimento ordinario davanti al giudice competente. La procedura arbitrale potrebbe riprendere solo dopo la formazione del giudicato sulla scrittura contestata.

Per capire meglio il tema in questione è necessario fare un passo indietro e chiarire la natura e gli effetti della verifica dal momento che questa può essere chiesta sia in via principale che in via incidentale. La verifica di scrittura privata promossa in via principale è ritenuta dalla giurisprudenza avere efficacia di giudicato sostanziale; invece la verifica in via incidentale è ritenuta dalla stessa uno strumento meramente istruttorio[9]. Se ciò è vero, i due fenomeni vanno trattati in maniera distinta all'interno del giudizio arbitrale poiché gli effetti prodotti dall'accertamento della autenticità o meno di una determinata scrittura sono differenti.

Dalla necessità che si formi un giudicato sostanziale sulla scrittura prodotta ne deriva che non sia possibile nel giudizio arbitrale svolgere una domanda di verifica **in via principale**.

Il primo motivo di tale impossibilità deriva dal fatto che la sentenza che decide sulla validità della scrittura farebbe acquisire al documento l'efficacia di prova legale ai sensi dell'art. 2702 c.c., ma affinché ciò fosse possibile, gli arbitri dovrebbero avere dei poteri specifici di cui però sono privi. Infatti, gli arbitri non possono conferire alla scrit-

[4] Mandrioli C., *op. cit.*, II, Torino, 2000, p. 196; Comoglio L.P., *op. cit.*, Torino, 2004, p. 342.

[5] Cassazione civile, sezione II, 19/12/2012, n. 23450; Cassazione civile, sezione III, 7/02/2005, n. 2411.

[6] Punzi N., voce *Arbitrato*. I) *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1989, p. 3 ss.; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, vol. I, *passim*; Ricci E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, *passim*; NICOTINA G., *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, 1990, *passim*; Auletta F., *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, II ed., Torino, 2000, p. 197. Sammartano M. R., *Il diritto dell'arbitrato*, VI ed., Padova, 2005, *passim*; Nela P.L., *Le questioni pregiudiziali nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p.101 ss.; VERDE G., *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2a ed., a cura di G. Verde, Torino, 2000, *passim*; Salvaneschi L., *Commentario del codice di procedura civile. Art. 806-840. Arbitrato*, Bologna, 2014, *passim*; Carpi F., *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile. Artt. 806-840*, Bologna, 2016, *passim*.

[7] Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1994, p. 52 ss.

[8] Ai sensi dell'art. 819-bis gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata *"2) se sorge questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato"*.

[9] Cassazione civile sez. I, 10/08/1979, n. 4651; Cassazione civile sez. III, 15/09/1986, n. 5599; Cass. civile, Sez. III, 17/5/2007, n. 11460.

tura verificata la certezza *ex art. 2702 c.c.*, poiché non sono pubblici ufficiali e sono dunque privi dei poteri che derivano dal possesso di questa qualifica[10].

Sul punto è stato notato come la figura degli arbitri sia disegnata dal nostro legislatore in maniera particolare; infatti da una parte vengono considerati come giudici veri e propri e non come meri compositori di liti, ma da un'altra parte, il legislatore non avendo conferito ad essi alcuna pubblica funzione, non gli consente di emettere alcun provvedimento relativo a materie che sono sottratte all'autonomia privata e che devono quindi essere giudicate da pubblici magistrati[11].

Il secondo motivo è l'impossibilità per gli arbitri di sanzionare ai sensi dell'*art. 220 c.p.c.* la parte che ha disconosciuto il documento nel caso di accertamento della sua genuinità. Anche se è vero che il giudice non è obbligato a condannare la parte al pagamento di una pena pecuniaria, il potere sanzionatorio va ritenuto una prerogativa propria della giurisdizione statale poiché l'importanza che tale potere riveste deve essere circondato dalle tutele costituzionali che solo la giurisdizione statale può garantire.

Per quanto riguarda **la verifica in via incidentale**, questa deve ritenersi possibile da parte degli arbitri[12].

Il giudizio di verifica è possibile poiché con esso si raggiunge un accertamento circa la provenienza della

scrittura sotto un profilo meramente istruttorio e quindi non operano quelle limitazioni derivanti dalla particolare natura del procedimento arbitrale[13].

Infatti, all'istanza di verifica deve essere attribuita la natura di istanza istruttoria avendo come scopo quello di consentire alla parte l'acquisizione di una fonte di prova[14].

Dalla natura di istanza istruttoria ne deriva dunque la possibilità per gli arbitri di verificare l'autenticità della scrittura privata ai soli fini del giudizio arbitrale in corso, poiché la decisione sul punto non assumerà il valore di giudicato, essendo la valutazione fatta solo *incidenter tantum*[15].

A riprova di quanto esposto è di aiuto la previsione dell'*art. 819 c.p.c.*, la quale dispone che “*Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge*”.

In conclusione, gli arbitri investiti incidentalmente della questione circa l'autenticità o meno di una scrittura prodotta in giudizio, saranno tenuti a valutare la sua imputabilità alla parte che la disconosce, senza che ciò comporti la formazione di un giudicato sul punto e gli effetti previsti dall'*art. 2702 c.c.*

[10] Auletta F., *op. cit.*, Torino, 2000, p. 206.

[11] Montesano L., *op. cit.*, Torino, 1994, p. 52 ss.

[12] Carnacini A., voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1957, p. 892; Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, 2, Milano, 1971, p. 180 – 181; Denti V., *La verifica delle prove documentali nel processo civile*, Torino, 1957, p. 178; *contra* Ricci E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 57, e Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004, p. 153.

[13] Punzi N., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, vol. II, II ed., p. 250; Montesano L., *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1, 1.

[14] Si veda, Punzi N., *op. cit.*, Padova 2000, p. 651, e Montesano L., *op. cit.*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 5.

[15] Ritiene invece inapplicabile il procedimento di verifica della scrittura privata dinanzi agli arbitri, Verde G., *op. cit.*, Torino, 2004, p. 153 il quale afferma: “*Abbiamo ritenuto e, per ora, continuiamo a ritenere che non sia consentito agli arbitri un giudizio di verifica di scritture private, non essendo abilitati a dare pubblica fede ai loro atti. Infatti, dall'art. 2702 c.c. si ricava l'equiparazione al documento pubblico e, quindi, al documento dotato di pubblica fede, della scrittura “legalmente considerata come riconosciuta” e Ricci E.F., op. cit., Milano, 1974, p. 55 e ss.*

SEPARAZIONE E PROVA DELL'ADDEBITO

La prova dell'addebito nel procedimento di separazione

di Michele Angelo Lupoi

DEL 2 LUGLIO 2019

Sommario

1. Introduzione. L'onere della prova
2. Il ruolo della "confessione"
3. Peculiarità della prova testimoniale in questo contesto
4. Le relazioni investigative
5. Prova dell'addebito e social networks
6. L'utilizzo di registrazioni audio/video
7. Le prove illecite e il loro utilizzo nel procedimento di separazione

1. Introduzione. L'onere della prova

Nei procedimenti di separazione giudiziale, viene seguita formulata, da almeno uno dei coniugi, domanda di addebito della separazione stessa alla controparte.

Come noto, la separazione può essere addebitata a uno o, in ipotesi, anche ad entrambi i coniugi quando la crisi matrimoniale possa essere collegata (in un rapporto di causa / effetto) a comportamenti di quel coniuge contrari ai doveri derivanti dal matrimonio.

Attesa la eterogenea natura di quei doveri, le situazioni che possono condurre a tale addebito sono le più varie: situazioni di dipendenza (alcool, droghe...), ludopatia, violenza fisica o morale, abbandono del tetto coniugale, solo per citarne alcune. Nell'esperienza pratica, d'altro canto, la causa più frequente dell'addebito della separazione

è l'infedeltà ed è proprio su tale ipotesi principale che la mia analisi si concentrerà, anche se i ragionamenti che si andranno a fare rispetto a quel contesto possono agevolmente essere estesi ad altre situazioni.

Come ovvio, per potersi pronunciare sull'addebito, il giudice deve compiere un accertamento dei fatti rilevanti, nell'ambito dell'istruttoria di causa. Tali fatti debbono essere in primo luogo allegati dalle parti e sugli stessi devono essere formulati mezzi istruttori, nel rispetto dei termini perentori di legge (e dunque entro la seconda memoria di cui all'[art. 183, comma VI c. p. c.](#) per la prova diretta ed entro la terza per la prova contraria)[1].

La parte che chiede l'addebito all'altra per motivi di infedeltà ha l'onere di dimostrare che l'altro coniuge abbia intrecciato relazioni di tipo sentimentale o sessuale con

[1] Senza potere entrare qui nel dettaglio, è contraria quella prova che cerchi di contrastare le risultanze istruttorie della prova fatta valere dalla controparte (ad esempio, un documento che smentisce o contraddice il documento prodotto dalla controparte oppure la persona indicata a testimoniare sui capitoli della controparte – sul presupposto che tale teste “a riprova” dia risposte di segno contrario rispetto a quelle che ci si aspetta dai testi indotti dall'avversario). Per quanto riguarda il convenuto, in particolare, non è prova contraria, ma prova diretta, quella relativa ai fatti estintivi, modificativi o impeditivi del fatto costitutivo su cui si fonda la domanda dell'attore. Con particolare riferimento a una domanda di addebito per infedeltà, ad esempio, la prova relativa al preteso venir meno dell'*affectio coniugalis* in epoca precedente all'asserito “tradimento” non può essere formulata per la prima volta nella terza memoria di cui all'[art. 183, comma VI c. p. c.](#), bensì nella seconda. Per una interessante fattispecie, v. Trib. Genova, 30 maggio 2019, in [www.osservatoriofamiglia.it](#), in cui il giudice, dopo averli ammessi, revoca l'ammissione dei capitoli testimoniali della moglie, tesi a dimostrare che la crisi coniugale fosse antecedente alla scoperta da parte del marito di un di lei tradimento, ritenendo che tali capitoli “avrebbero dovuto essere formulati a prova diretta nella seconda memoria istruttoria e non in controprova nella terza memoria, con conseguente lesione del principio del contraddittorio ai danni del ricorrente”.

altre persone (potendo peraltro rilevare pure la c.d. infedeltà putativa o quella unilaterale, in quanto non ricambiata). Il soddisfacimento di tale onere, però, non porta necessariamente all'accoglimento della domanda. Ai fini dell'addebito, infatti, si richiede un nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, alla cui stregua l'unione matrimoniale trovi nel tradimento di un coniuge la causa diretta ed immediata del proprio disfacimento.

Ove, dunque, il tradimento si collochi in una situazione di crisi coniugale già in atto (e spesso già conclamata) tale nesso causale manca e la domanda di addebito deve essere rigettata anche a fronte della piena dimostrazione dell'infedeltà coniugale.

Per giurisprudenza ormai consolidatissima, d'altro canto, la prova del comportamento infedele fa presumere che esso abbia reso la convivenza intollerabile, con assoluzione dell'onere della prova da parte dell'istante. E però la controparte ha la possibilità (e l'onere) di dimostrare, appunto, la mancanza del nesso di causa / effetto tra infedeltà e crisi coniugale nei termini sopra indicati[2].

E così, a fronte della proposizione di una domanda di addebito, entrambe le parti si trovano investite di un onere probatorio specifico, sovente assai difficile da soddisfare.

Ciò che si deve dimostrare, dall'una e dall'altra parte, sovente è avvenuto nel chiuso delle pareti domestiche o comunque lontano da occhi indiscreti: da un lato, vi è l'oggettiva "lontananza" tra la prova dell'infedeltà e il coniuge "tradito", che non ha, di norma, conoscenza diretta di quello che l'altro coniuge possa avere effettivamente fatto; dall'altro, per il coniuge nei cui confronti sia proposto l'addebito, può essere complesso dimostrare che il rapporto coniugale, di là dalle apparenze (e a volte dalla finzioni convenzionali che la vita può imporre), si fosse ormai irrimediabilmente logorato.

Molto spesso, per le ragioni appena esposte, quella che il giudice si trova a valutare è in effetti una istruttoria indiziaria, basata cioè su fatti diversi (i c.d. indizi) da quelli che dovrebbero essere oggetto di valutazione diretta. Tali indizi, in base alle regole generali, in quanto gravi, precisi e concordanti, portano il giudice a trarre conseguenze circa l'esistenza di circostanze che, di per sé, restano indimostrate: in quest'ottica, qualsiasi elemento si presta ad essere potenzialmente rilevante, dalla modifica repentina di

consolidate abitudini comportamentali alla casuale scoperta nella tasca del coniuge della ricevuta del ristorante con due coperti, dal fatto di non andare in vacanza insieme al non avere amicizie comuni e così via.

2. Il ruolo della "confessione"

Alla luce di quanto precede, il tradizionale "arsenale" dei mezzi di prova diretta previsti dal codice di rito è spesso è assai poco efficace.

Si può cominciare considerando il ruolo della "confessione".

Come noto, la confessione (e dunque l'interrogatorio formale che dovrebbe stimolarla) non è ritenuta ammissibile rispetto a diritti di cui la parte non possa liberamente disporre. E poiché l'orientamento assolutamente uniforme ritiene che l'addebito della separazione riguardi, appunto, una situazione "indisponibile"[3], i fatti che ne costituiscono il fondamento non potranno essere oggetto di confessione né spontanea né indotta.

Rispetto all'addebito (e al relativo onere probatorio), in effetti, si ritiene che la decisione del giudice non possa fondarsi neppure sulla richiesta congiunta delle parti.

Trattandosi di diritto indisponibile, inoltre, non potrà essere invocato in questo contesto l'onere di contestazione specifica da parte del coniuge contro cui l'addebito sia stato richiesto.

Quanto precede non implica che le dichiarazioni delle parti (o degli avvocati) negli atti di causa o nel corso del processo siano prive di rilevanza ai fini della decisione. Un conto, infatti, è dire che le dichiarazioni (più o meno spontanee) della parte non possano avere efficacia di prova legale altro è pensare che ciò che venga detto nel processo possa restare privo di qualsiasi rilievo.

Al contrario, accade sovente che il giudice ponga a base della decisione dichiarazioni o ammissioni della parte, raccolte, ad esempio nel corso di un'udienza oppure di operazioni peritali (magari aventi ad oggetto profili diversi dall'addebito). Si afferma, infatti, al riguardo che le ammissioni della parte possano essere utilizzate, insieme ad altri elementi probatori, come presunzioni ed indizi liberamente valutabili, sempre che non esprimano opinioni o stati d'animo personali ma fatti obiettivi, suscettibili di essere valutati giuridicamente come indice della violazione di specifici doveri coniugali[4].

[2] Per una recente applicazione di tali principi, v. Trib. Genova, 30 maggio 2019, cit.

[3] V. Cass. [n. 2025 del 1977](#) e [1435 del 1975](#).

[4] V. Cass., [4 aprile 2014, n. 7998](#); Trib. Genova, 30 maggio 2019, cit.; App. Palermo, [14 marzo 2011, n. 321](#), in *Guida dir.*, 2011, fasc.

3. Peculiarità della prova testimoniale in questo contesto

La prova testimoniale può senz'altro trovare ampio utilizzo in questo contesto, pur presentando problematiche specifiche.

In primo luogo, considerata la natura “privata” o “intima” di molte delle circostanze potenzialmente rilevanti sul piano istruttorio, sovente si assiste al ricorso alla c.d. testimonianza *de relato*: in sostanza, il teste indotto si limita a riferire circostanze di cui è venuto a sapere dalla stessa parte che lo ha convocato a testimoniare. Tali deposizioni, dunque, sono prive di efficacia probatoria.

La capitolazione delle domande, inoltre, è qui particolarmente impegnativa, poiché si devono evitare domande generiche, non circostanziate in modo specifico o che implicino l'esternazione di opinioni o valutazione del testimone più che di una narrativa fattuale.

Sovente, inoltre, i testi indotti dalle parti sono parenti o amici più o meno stretti di queste ultime e ciò ovviamente ha ripercussioni sulla loro attendibilità. Se, in generale, si afferma che le dichiarazioni rese da parenti ed affini ammessi a testimoniare *ex art. 247 c. p. c.* non abbiano un'efficacia probatoria maggiore e diversa da quella delle dichiarazioni provenienti da terzi estranei, poiché generalmente i fatti rilevanti nel giudizio di separazione si svolgono nel chiuso delle pareti domestiche, nulla esclude che il giudice possa legittimamente attribuire maggiore attendibilità alle testimonianze di terzi estranei piuttosto che a quelle di parenti e affini, dando adeguata motivazione della scelta operata^[5].

4. Le relazioni investigative

Con particolare riferimento alla domanda di addebito, sovente le parti producono in giudizio relazioni redatte da investigatori privati, a seguito di indagini sui comportamenti dell'altro coniuge, normalmente con contorno di fotografie più o meno eloquenti.

Tali relazioni, per la Cassazione sono utilizzabili come strumento di prova^[6]. Più cauta, invece, la dottrina, che evidenzia la natura di prova atipica della relazione dell'investigatore, nella quale si individua un contenuto “oggettivo” (ovvero i dati o supporti tecnici in grado di mostra-

re il contesto spaziale, temporale e personale in cui l'evento è avvenuto) ed uno “narrativo” (fatti attestati come avvenuti dall'investigatore). Il primo contenuto potrebbe essere acquisito al processo come documento, mentre il secondo richiederebbe una conferma attraverso la deposizione testimoniale^[7]. In quest'ottica, parte della giurisprudenza di merito afferma che i fatti precisi, circostanziati e chiari esposti nei rapporti formati da un investigatore privato, incaricato da un coniuge di ottenere argomenti da utilizzare avverso la controparte debbono essere oggetto di prova orale, poiché tali rapporti, di per sé, costituiscono una prova atipica, con la precisazione che la relativa richiesta istruttoria non possa limitarsi alla conferma da parte dell'investigatore del rapporto in atti, essendo piuttosto necessaria una specifica capitolazione dei fatti che nella relazione sono indicati come avvenuti alla presenza dell'investigatore stesso^[8].

5. Prova dell'addebito e social networks

Negli ultimi anni, una vera e propria miniera di informazioni sulla vita e sui comportamenti della controparte si sono rivelati i *social network*, sovente usati senza l'opportuna prudenza da persone apparentemente inconsapevoli della portata delle loro pubblicazioni *online*.

Una volta che una notizia, una foto, un commento sia stato postato su un *social network* o in un *blog*, in effetti, esso diventa sostanzialmente di pubblico dominio. Anche se l'*account* o il profilo della persona interessata sia configurato come “privato” o comunque accessibile solo dalle persone espressamente autorizzate, il materiale ivi caricato può a quel punto “circolare” senza limiti e senza possibilità di controllo, finendo spesso nella disponibilità (a questo punto del tutto legittima) della controparte. Al riguardo, in effetti, la giurisprudenza afferma che le foto e le informazioni pubblicate sul profilo personale dei *social network* (*in primis*, Facebook) sono di per sé destinate ad essere conosciute da soggetti terzi e debbono dunque essere considerate alla stregua di informazioni conoscibili da terzi^[9].

La rilevanza probatoria dei materiali pubblicati sui *social network* si manifesta in tutta la sua potenza rispetto al te-

20, p. 64.

[5] Cass., 14 febbraio 1990, n. 1095.

[6] Cass., n. 11516 del 2014.

[7] Danovi, in *Fam. dir.*, 2014, p. 884 ss.; Guerra, *ivi*, p. 829.

[8] Trib. Milano, 8 aprile 2013, ord. in *Fam. dir.*, 2014, p. 819; Trib. Milano, 17 luglio 2013.

[9] Trib. S. M. Capua Vetere, 13 giugno 2013, decr., in *www.ilcaso.it*.

nore di vita e alle possibilità economiche delle parti. Capita sovente, infatti, che una parte produca in giudizio le foto dei viaggi, delle feste, delle cene e degli aperitivi pubblicate *online* dalla controparte, la quale, magari, negli atti di causa, si lamenta di condurre una vita di ristrettezze e sacrifici.

Il monitoraggio delle pubblicazioni *online*, inoltre, consente di verificare eventuali “contraddizioni” della controparte (che, magari, abbia sostenuto di non potere tenere i figli nel *weekend* per impegni di lavoro e poi pubblichi le foto del fine settimana passato in riva al mare con gli amici).

Foto, *post* e commenti pubblicati *online*, inoltre, possono essere valorizzati come prove anche rispetto ad una domanda di addebito[10]. In quest’ottica, verranno in primo luogo in rilievo i materiali pubblicati durante la convivenza matrimoniale ma non è escluso che indizi utili per la decisione si possano trarre anche da *post* “caricati” successivamente all’esplosione della crisi, nella misura in cui essi possano confermare presunzioni o “sospetti” in merito alle cause della crisi stessa.

Ben altri discorsi vanno fatti, invece, rispetto ai contenuti “riservati” di *chat-rooms*, messengerie, *e-mail*: ovvero di quelle che, oggi, sono le più frequenti fonti per la scoperta di comportamenti scorretti del coniuge. Capita molto di frequente, ad esempio, che una parte venga a sapere (non necessariamente per caso) di comportamenti dell’altra contrari ai doveri derivanti dal matrimonio leggendo gli SMS o i messaggi *Whatsapp* ricevuti o spediti dal proprio partner. Con una certa frequenza, inoltre, vengono effettuati accessi non autorizzati al cellulare o al *computer* della controparte per estrarne informazioni compromettenti o altra documentazione da utilizzare poi in un successivo procedimento di separazione o di divorzio.

Il tema, se vogliamo, è quello classico della “sottrazione” della corrispondenza altrui. Le moderne tecnologie, peraltro, permettono di declinare tale tema con molteplici nuove connotazioni. La messaggeria istantanea, in effetti, da un lato agevola le comunicazioni a distanza tra le persone, dall’altro prospetta rischi inediti, rispetto alla pos-

sibilità che tali comunicazioni possano essere “intercettate” e utilizzate in modo indebito (o comunque non desiderato dalla parte interessata) e magari propalate a un pubblico potenzialmente sterminato con un semplice “clic”.

Da questo punto di vista, almeno sulla carta, la parte che invia o riceve tali comunicazioni private riceve ampia tutela. Essendo equiparate alla corrispondenza, infatti, la loro “segretezza” è garantita anche a livello costituzionale. A parte le ipotesi di loro utilizzo legittimo nel processo da parte dell’altro coniuge, infatti, le copie o le riproduzioni di comunicazioni telematiche altrui a natura privata sono qualificabili come prove illecite. Si afferma, in particolare, che le informazioni contenute nei messaggi scambiati utilizzando il servizio di messaggistica (o di *chat*) fornito da un *social network*, vanno assimilate a forme di corrispondenza privata, e come tali ricevono la massima tutela sotto il profilo della loro divulgazione[11].

Come si vedrà, peraltro, in concreto, tale tutela, nel processo civile, può essere fortemente compressa. La giurisprudenza di merito, in effetti, tende a considerare ammissibili e valutabili anche prove eventualmente acquisite in modo illecito dalla parte che ne fa utilizzo nel processo. Anche una *email* sottratta in modo illegittimo, dunque, rischia di rientrare nei materiali valorizzati dal giudice per la sua decisione.

6. L'utilizzo di registrazioni audio/video

Le nuove tecnologie, inoltre, consentono oggi di procurarsi con notevole facilità registrazioni audio o video di conversazioni o situazioni rilevanti nel contesto del contenzioso matrimoniale – genitoriale. Può, ad esempio, essere registrata l’ammissione di un coniuge di avere posto in essere comportamenti “scorretti” oppure una conversazione in cui la controparte riveli di svolgere attività lavorativa “in nero” o di avere conti correnti all’estero, e così via. Possono anche essere (video)registrati litigi tra le parti o episodi di violenza fisica o verbale[12].

La parte interessata, di norma, chiederà di essere autorizzata a depositare in cancelleria la chiavetta, la scheda telefonica o il supporto contenente la registrazione che vuole

[10] Tribunale Prato, 28 ottobre 2016, in banca dati *Pluris*, ad esempio, addebita la separazione alla moglie che: a) aveva avuto, o almeno aveva dato a intendere di avere, una relazione extraconiugale, alludendovi con *post* volgari sul suo profilo *Facebook*, leggibili anche dalla figlia; b) aveva ivi pubblicato foto sia sue che della figlia in abbigliamento succinto e con atteggiamento inopportuno per l’una e per l’altra; c) aveva consentito che alla figlia venissero scattate foto in pose allusive e discutibili, commentandone poi una positivamente allorché la figlia stessa l’aveva pubblicata sul proprio profilo *Facebook*.

[11] Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 giugno 2013.

[12] V. su questi profili Cass. pen., 3 febbraio 2017, n. 5241; in senso conforme Cass. pen., 8 marzo 2010, n. 9132.

fare acquisire agli atti, accompagnandola da una trascrizione dei relativi contenuti.

In effetti, una tale prova rientra nel catalogo delle prove tipiche ed in particolare delle prove meccanografiche, ai sensi dell'[art. 2712 c.c.](#): “le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti o di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

Le sezioni unite della Cassazione in una sentenza del 2003[13] hanno affermato che la registrazione di un colloquio, in quanto rappresentativa di un fatto, integra una prova documentale.

Si può porre, a questo punto, il dubbio se tale “riproduzione meccanica” costituisca una prova lecita ovvero se debba considerarsi illecita e, in quest'ultimo caso, quali possano esserne le conseguenze.

La giurisprudenza penale, peraltro, ha da tempo chiarito che non costituisca reato effettuare registrazioni di conversazioni telefoniche o di dialoghi cui abbia partecipato anche l'autore della registrazione. Si è più volte evidenziata, infatti, la liceità delle registrazioni foniche e visive effettuate tra privati, presenti alla conversazione.

Si prospetta, in particolare, un trattamento profondamente diversificato tra le registrazioni private e le c.d. intercettazioni. Le prime, infatti, vengono compiute di propria iniziativa da uno degli interlocutori e non richiedono alcuna autorizzazione. Le intercettazioni, per contro, sono eseguite da un soggetto estraneo al dialogo e sono, in quanto comprimono il diritto alla *privacy* della persona intercettata, uno strumento di indagine riservato alla Magistratura, potendo essere disposte in presenza solo di specifici reati, nel rispetto di specifiche formalità previste dalla legge[14].

Afferma, al riguardo, la Cassazione: “la registrazione della conversazione effettuata da uno degli interlocutori all'insaputa dell'altro non è classificabile come intercettazione, ma rappresenta una modalità di documentazione dei contenuti della conversazione, già nella disponibilità di chi effettua la “documentazione” e potenzialmente riversabili nel processo attraverso la testimonianza”[15]. Rispetto alle registrazioni pri-

vate, eseguite da un soggetto che partecipi attivamente alla conversazione o sia ammesso ad assistervi, non si realizza, infatti, una compromissione del diritto alla segretezza della comunicazione: l'oggetto della comunicazione viene legittimamente appreso da chi era il destinatario della stessa o comunque non era “terzo” o intruso.

Al riguardo, la Cassazione ha chiarito che: “La comunicazione, una volta che si è liberamente e legittimamente esaurita, senza alcuna intrusione da parte di soggetti ad essa estranei, entra a far parte del patrimonio di conoscenza degli interlocutori e di chi vi ha non occultamente assistito, con l'effetto che ognuno di essi ne può disporre, a meno che, per la particolare qualità rivestita o per lo specifico oggetto della conversazione, non vi siano specifici divieti alla divulgazione (es.: segreto d'ufficio). Può dunque essere affermato il principio che la registrazione della conversazione effettuata da uno degli interlocutori all'insaputa dell'altro non è classificabile come intercettazione, ma rappresenta una modalità di documentazione dei contenuti della conversazione, già nella disponibilità di chi effettua la “documentazione”[16].

Anche la Cassazione civile ha previsto, come requisito fondamentale per considerare lecita una registrazione, il fatto che la parte che la produce in giudizio abbia partecipato alla relativa conversazione o telefonata. In particolare, si è affermato che: “la registrazione su nastro magnetico di una conversazione telefonica può costituire fonte di prova, a norma dell'[art. 2712 cod. civ.](#), se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta e che abbia avuto il tenore risultante dal nastro, sempre che non si tratti di conversazione svoltasi tra soggetti estranei alla lite (sentenza [11 settembre 1996, n. 8219](#) in linea con la precedente sentenza [11 dicembre 1993, n. 12206](#)). Tale giurisprudenza ha anche chiarito che, affinché il giudice possa dedurre argomenti di prova da una registrazione su nastro magnetico è necessario che almeno una delle parti, tra le quali la conversazione stessa si svolge, sia parte in causa”[17].

In altre parole, chi conversa con altre persone accetta il rischio che la conversazione, a sua insaputa, sia documentata mediante registrazione, purché lo si faccia allo scopo di tutelare un diritto proprio o altrui.

[13] Cass., sez. un., n. 36747 del 2003.

[14] Cfr. Cass. pen., sez. I, [14 aprile 1999](#); sez. I, [14 febbraio 1994](#); sez. VI, 8 aprile 1994.

[15] Cass. pen., sez. II, [20 marzo 2015, n. 19158](#).

[16] Cass. pen., sez. II, [20 marzo 2015, n. 19158](#).

[17] Cass., [1° marzo 2017, n. 5259](#), ord.

Il fatto che una “registrazione privata” possa essere legittimamente eseguita non vuole anche dire che esse possa essere pure utilizzata o divulgata in modo arbitrario o indiscriminato, per non incorrere in violazioni della normativa sulla *privacy*. E però, per quanto ci interessa qui, tale registrazione può essere utilizzata come fonte di prova in un processo civile nel pieno rispetto di tale normativa: il relativo utilizzo, infatti, è funzionale alla tutela in giudizio di un proprio diritto e come tale autorizzata dall'[art. 13 del Codice Privacy](#), purché tale utilizzo venga circoscritto al perseguimento delle finalità dichiarate e per il periodo strettamente necessario.

Resta ovviamente aperta, per la controparte, la possibilità di contestare che si tratti di registrazioni genuine, disconoscendone la conformità ai fatti e alle cose contenute nelle stesse. In effetti, gli strumenti tecnologici consentono ampie possibilità di manipolare contenuti audio-visivi formati fuori dal processo e senza la garanzia del contraddittorio. Tale contestazione dovrà però essere tempestiva e non generica ed avvenire con le modalità e nei termini previsti dagli artt. [214](#) ss. e [293](#) c. p. c.

Al riguardo, la Cassazione richiede appunto che il “disconoscimento”, per fare perdere alle riproduzioni in esame la loro qualità di prova, debba “essere chiaro, circostanziato ed esplicito” (dovendo concretizzarsi nell’allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta). Deve inoltre avvenire nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla rituale acquisizione delle suddette riproduzioni, venendosi in caso di disconoscimento tardivo ad alterare l’iter procedimentale in base al quale il legislatore ha inteso cadenzare il processo in riferimento al contraddittorio[\[18\]](#).

A contrario rispetto a quanto precede, devono considerarsi “illecite” e dunque fonte di responsabilità sul piano penale, le registrazioni di conversazioni o telefonate esegui-

te da persone non presenti, tramite, ad esempio, un telefono cellulare lasciato in modalità registrazione “on” in una stanza o, a maggior ragione, impianti per compiere intercettazioni ambientali, ampiamente disponibili ai privati tramite canali più o meno ufficiali[\[19\]](#).

7. Le prove illecite e il loro utilizzo nel procedimento di separazione

Nelle pagine che precedono si è in più occasioni accennato alla acquisizione illecita di materiali idonei a fornire “prova” di circostanze rilevanti ai fini dell’addebito. Nel contenzioso di famiglia, in effetti, si pone forse con più frequenza che in altri contesti la questione della possibilità di utilizzare prove c. d. illecite, in ragione della “vicinanza” tra le parti e della facilità che da tale vicinanza derivino occasioni di interferenza indebita nella “sfera” personale altrui: tra persone che vivono sotto lo stesso tetto, in effetti, a volte basta aprire un cassetto e accedere a un *laptop* per entrare in possesso di materiale riservato del coniuge.

La categoria delle prove illecite, invero, non ha una disciplina normativa nell’ambito del processo civile[\[20\]](#) e, nell’esperienza pratica, si riscontrano orientamenti discordanti in merito alla sua definizione e pure al suo utilizzo nel processo[\[21\]](#).

Possono essere qualificate come illecite, innanzi tutto, le prove formate fuori dal giudizio o acquisite \ assunte in giudizio con mezzi illegali o illegittimi, metodi penalmente illeciti, atti che comportino violazioni di diritti costituzionalmente protetti[\[22\]](#), dei segreti professionali, d’ufficio e di Stato[\[23\]](#) o, ancora, di norme a tutela della *privacy*[\[24\]](#). La nozione è poi utilizzata da alcuni, in senso estensivo, anche per riferirsi alle prove nulle o assunte con modalità divergenti da quelle all’uopo previste. Soprattutto in questa ultima accezione, il confine con le prove

[\[18\]](#) Cass., [22 aprile 2010, n. 9526](#),

[\[19\]](#) In questo senso, v. Cass., [8 maggio 2015, n. 19158](#), la quale ha rilevato che “ciascuno dei soggetti che partecipano ad una conversazione è pienamente libero di adottare cautele ed accorgimenti, e tale può essere considerata la registrazione, per acquisire, nella forma più opportuna, documentazione e quindi prova di ciò che direttamente pone in essere o che è posto in essere nei suoi confronti [...]. Diversa è l’ipotesi, ricorrente nel caso di specie, di registrazione eseguita da un privato, su indicazione della polizia giudiziaria ed avvalendosi di strumenti da questa predisposti. In giurisprudenza [...] si è ritenuta, invece, l’inutilizzabilità di registrazioni di conversazioni effettuate, in assenza di autorizzazione del giudice”.

[\[20\]](#) In materia, di recente, Graziosi, *Contro l’utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 945 ss.

[\[21\]](#) Si è occupato di questa tematica di recente, Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017.

[\[22\]](#) Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, tomo 1, Torino, 1994, p. 193, che fa riferimento alle prove costituenti il risultato di un’attività penalmente rilevante; v. anche G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 30 ss.

[\[23\]](#) Civinini, *op. cit.*, p. 194; *amplius*, sul punto, Passanante, *op. cit.*, p. 85 ss.

[\[24\]](#) Su questi profili, v. Passanante, *op. cit.*, p. 127.

atipiche appare labile: in effetti, in tale ottica, la linea di separazione tra prove illecite, prove nulle o ammesse in violazione di una norma che ne stabilisce l'inammissibilità o in violazione di norme che ne regolamentano le modalità di assunzione in giudizio[25] tende a sfumare.

A mio avviso, peraltro, la nozione di prova illecita non postula una “devianza” rispetto ai mezzi di prova previsti dalla legge e alle modalità procedurali di loro acquisizione nel processo[26], ma fa riferimento al primo gruppo delle ipotesi sopra considerate: in altre parole, il problema, sul piano della illiceità, non è assumere una prova con modalità diverse da quelle previste dalla legge, quanto utilizzare o far valere nel giudizio materiali (normalmente documenti) ottenuti o formati in violazione di norme sostanziali specifiche a tutela di diritti fondamentali dell'individuo ovvero integrando fattispecie di reato[27], in fattispecie per la cui violazione sia prevista una sanzione[28]. In quest'ottica, può qualificarsi prova illecita, a titolo esempio, il documento prodotto in giudizio in violazione del diritto costituzionale alla segretezza della corrispondenza della controparte e non, invece, la prova testimoniale ammessa in violazione dell'art. 246 c. p. c.[29].

In altre parole, mi pare che la nozione di illiceità debba essere tenuta distinta da quella di prova inammissibile o di prova nulla, arrivando a concludere che, come regola, le prove illecite sono tendenzialmente inammissibili (o comunque non utilizzabili)[30], ma non tutte le prove inam-

missibili o nulle sono pure illecite. Si deve così tracciare in modo netto una linea di confine tra prove atipiche e prove illecite[31], considerando le seconde di regola inammissibili e comunque non utilizzabili dal giudice ai fini della decisione proprio per le modalità *contra legem* della loro acquisizione, a prescindere dalla modalità della loro formazione. Per contro, si può escludere che la prova assunta deviando dalle disposizioni previste dalla legge per le prove tipiche sia per ciò solo illecita.

Tale conclusione appare di non poco conto. Se, come regola, la prova illecita è da ritenersi non utilizzabile dal giudice[32], tale inutilizzabilità può essere fatta valere in sede di gravame. La prova “deviante”, invece, non è, in quanto tale, inutilizzabile dal giudice, come dimostra la disciplina della prova nulla: a titolo esemplificativo, una eventuale violazione dell'art. 246 c. p. c., in effetti, costituisce un *error in procedendo*, ma ove non tempestivamente fatta valere dalla controparte, la relativa nullità è sanata e ben può il giudice dare valore istruttorio a tale testimonianza (con i filtri, comunque doverosi, della verifica della relativa attendibilità e genuinità).

Rispetto all'utilizzabilità della prova illecita, vi è una profonda diversità di approccio tra giurisprudenza penale e giurisprudenza civile. Sul piano penale, in effetti, l'utilizzo nel processo di prove acquisite illecitamente (tipicamente, violando la *privacy* o la segretezza della corrispondenza altrui...) è metodologicamente sanzionato. Ad esempio, è

[25] Taruffo, *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 75.

[26] Come osserva Passanante, *op. cit.*, p. 104 ss., assumere una prova nel rispetto delle regole processuali all'uopo previste non costituisce per la parte un obbligo, ma un onere, dal cui mancato assolvimento deriva il mancato conseguimento del risultato auspicato (e l'illegittimità della prova così assunta) ma non una sanzione.

[27] V. pure A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit., p. 946 ss. Appare convincente la tesi di Passanante, *op. cit.*, p. 85 ss., per il quale, p. 155, è illecito il mezzo di prova precostituito per acquisire materialmente il quale, fuori dal processo, la parte abbia violato norme di diritto sostanziale munite di sanzione o di quel mezzo di prova costituendo, nell'assumere il quale al processo si violino norme di diritto sostanziale munite di sanzione.

[28] Per Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 147, proprio la sanzione è l'elemento distintivo in grado di tracciare il discrimine tra ciò che è illecito e ciò che non lo è.

[29] *Contra*, G. F. Ricci, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale. Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 178, include nel novero delle prove illecite anche quelle formate in violazione di un divieto normativo, come nel caso della testimonianza stragiudiziale resa da un soggetto incapace di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c. p. c. L'a., dunque, conclude che non possono gabbellarsi per prove atipiche prove che sono di per sé vietate e quindi illecite: così.

[30] V. ampiamente A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit. p. 954 ss.

[31] In questo senso anche Passanante, *op. cit.*, p. 155 ss.

[32] In questo senso, di recente, Cass., 8 novembre 2016, n. 22677, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1689, rispetto alla produzione in un giudizio di separazione di un *file* audio che il marito aveva depositato dopo averlo sottratto in maniera fraudolenta alla moglie. Per una diversa opinione, v. Passanante, *op. cit.*, *passim*, per il quale, p. 403, per escludere la prova illecita dal processo sia necessaria una disposizione espressa (la cui introduzione dovrebbe peraltro avvenire a determinate condizioni, per essere conforme al principio del giusto processo e al diritto alla prova costituzionalmente garantiti).

pacifico che la sottrazione di messaggi *chat* o SMS dell'altro coniuge debba essere penalmente sanzionato.

Ciò non vuol dire però che tali messaggi, pur ottenuti in modo illecito (e dunque esponendosi alle conseguenze penali che ne derivano), siano pure non utilizzabili, ai fini probatori, in ambito civile, in un procedimento di separazione o di divorzio.

In dottrina, si segnalano, al riguardo, due posizioni diametralmente contrapposte.

Per un orientamento, le prove acquisite in modo illecito (nel senso sopra enucleato) non potrebbero essere utilizzate in un processo proprio per non dare rilievo a materiali ottenuti integrando fattispecie illecite.

Per contro, un altro orientamento ritiene che, in mancanza di una norma espressa che sanzioni tale utilizzo, anche prove ottenute in modo illecito potrebbero essere utilizzate nel processo civile, senza alcun limite. In sostanza, la parte che utilizza in giudizio tali prove si espone al rischio di una denuncia penale e della relativa condanna ma può bilanciare tale rischio con i vantaggi che ritiene di ottenere rispetto alla decisione del giudice nel giudizio civile. In altre parole, sta alla parte compiere un bilanciamento costi-benefici prima di porre in essere determinate attività processuali.

La giurisprudenza civile di merito, dal canto suo, sembra in via maggioritaria aperta all'utilizzo di prove anche illecitamente acquisite.

Si può citare, ad esempio, un provvedimento del Tribunale di Torino che ha ritenuto legittima la produzione, nel giudizio civile, di prove acquisite in modo illecito – ossia commettendo un reato - e, in particolare, in violazione alle norme sulla *privacy*.

Nella fattispecie, ci si trovava di fronte ad uno scenario abbastanza “classico”, ovvero la produzione, in un giudizio di separazione di *email* e SMS trafugati e sottratti da un coniuge all'altro, per acquisire prove circa l'infedeltà di quest'ultimo. Prendendo posizione al riguardo, il Tribunale piemontese ha ammesso e fondato il proprio giudizio proprio su tali documenti, sul rilievo che non esistono norme esplicite, nel codice di rito, che vietino l'ingresso di prove acquisite commettendo un reato.

Secondo il Tribunale di Torino, non sarebbe sufficiente, a rendere inutilizzabile la prova acquisita in violazione della *privacy*, il semplice fatto che tale azione sia punita con

il codice penale, né che la stessa Costituzione sancisca il principio di segretezza della corrispondenza.

Nello stesso senso si è pronunciato il Tribunale di Roma[33], sempre in materia di addebito della separazione: nella fattispecie, in particolare, si è ritenuto di fondare la prova dell'adulterio del marito su messaggi sms estratti dal telefono cellulare dell'uomo, di cui la moglie era entrato in possesso. Afferma, al riguardo, il Tribunale di Roma che è recessivo, rispetto al diritto di difesa in giudizio, quello alla inviolabilità della corrispondenza.

Alle stesse conclusioni, ma in contesto diverso, è giunto il Tribunale di Milano[34]. Nella fattispecie, una società aveva citato alcuni ex-dipendenti assegnati alla propria sezione “Ricerca e Sviluppo”, per asserita sottrazione di segreti aziendali e concorrenza sleale. La prova di tali atti di concorrenza sleale era costituita da corrispondenza personale dei dipendenti comprovante, oltre alla sottrazione di informazioni riservate, l'esistenza di un progetto avanzato di costituzione di una società concorrente, nella quale travasare il *know-how* dell'attrice allo scopo di cannibalizzarne il mercato. I convenuti avevano eccepito l'inutilizzabilità delle *email* in questione, argomentando che si trattasse di corrispondenza privata cui la controparte aveva avuto accesso abusivamente, ma senza disconoscerle come proprie; l'attrice, d'altra parte, non aveva fornito prova di esserne entrata legittimamente in possesso. Il Tribunale di Milano si è così espresso nel senso di considerare le prove in questione utilizzabili. Anche qui, viene evidenziato che il codice di procedura civile non contiene, a differenza di quello di procedura penale, alcuna norma che sancisca un principio di inutilizzabilità delle prove illecitamente acquisite in violazione di legge. Se ne desumerebbe la volontà del legislatore di separare, nel processo civile, la questione processuale della produzione dei documenti, connessa al diritto di difesa, dalla questione sostanziale relativa alle modalità di acquisizione della documentazione, che può essere oggetto di separata controversia civile o, ricorrendone i presupposti, procedimento penale; e lasciare all'apprezzamento del giudice nel caso concreto l'utilizzabilità di prove di cui pure sia dubbia la liceità.

La Cassazione, peraltro, di recente, si è espressa in senso difforme[35], proprio in una fattispecie di separazione. La Corte, rispetto alla lamentata non utilizzazione da parte

[33] 17 maggio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2206.

[34] Sez. spec. in materia di impresa, sent. n. 9431 del 2016.

[35] 8 novembre 2016, n. 22677, ord.

del giudice di merito, ai fini probatori, di alcuni *files* audio con relativa traduzione giurata, già di “proprietà” del marito e a lui sottratti e inviati anonimamente al difensore della moglie, condivide, infatti, l'implicita conclusione di inutilizzabilità di materiale probatorio raccolto illecitamente. A mio parere, l'indiscriminato utilizzo di prove illecite nel processo civile qualche problema lo pone. Ritengo anzi che, di regola, le prove illecite dovrebbero essere considerate inammissibili (o comunque non utilizzabili)[36]. A prescindere, infatti, da una norma che esplicitamente escluda l'utilizzo di tali prove nel processo civile, resta il fatto che tale divieto costituisce, in qualche modo, un corollario del sistema di tutela costituzionale di determinate posizioni giuridiche. Ha poco senso, in effetti, sul piano della effettività, riconoscere i diritti di ognuno alla riservatezza, alla *privacy* e alla segretezza della propria corrispondenza e di ogni altra comunicazione se poi prove acquisite in pacifica violazione di tali diritti potessero essere liberamente utilizzate dal giudice civile come fondamento della propria decisione.

Rispetto a quanto precede, si obietta che, nel bilanciamento tra questi diritti costituzionali e l'obiettivo dell'accertamento della verità, sia quest'ultimo a dovere prevalere. Ho qualche riserva rispetto a tale conclusione. Su un piano più filosofico, si potrebbe dubitare che l'obiettivo del processo civile sia effettivamente l'accertamento della verità; a livello più procedurale, d'altro canto, l'esistenza di precisi limiti di ammissibilità e di requisiti formali di acquisizione di una prova al processo (anche sul piano delle relative preclusioni) costituiscono di per sé un ostacolo all'accertamento della verità nel contesto processuale. In altre parole, se l'ordinamento tollera di escludere dal processo una prova lecita prodotta tardivamente, come può poi ammettere, nell'interesse all'accertamento della verità, l'utilizzo di prove illecite depositate tempestivamente senza cadere in un'intrinseca contraddizione? Forse che, nel primo caso, l'interesse all'accertamento della verità sia meno pressante?

Ciò detto, si possono però operare dei distinguo rispetto alla possibilità di utilizzare prove illecite, nel contenzioso matrimonial-genitoriale, a supporto di allegazioni di violenze, abusi o maltrattamenti nei confronti dell'altro coniuge / genitore o della prole.

Si è, in effetti, visto come le soluzioni al problema passino attraverso il bilanciamento tra contrapposti diritti. In particolare, chi ritiene che le prove illecite non siano utilizzabili, afferma che la tutela dei diritti lesi dal comportamento illecito debbano prevalere sul diritto alla prova della parte. Un conto, però, è parlare di concorrenza sleale o di addebito della separazione, altro affrontare il problema della prova di abusi e maltrattamenti in ambito familiare, in particolare laddove le vittime siano i figli minorenni delle parti. Qui, infatti, come si è visto, non opera il tradizionale principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e il giudice svolge un ruolo inquisitorio ai fini dell'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione.

In un simile contesto, dunque, il bilanciamento di interessi contrapposti non riguarda tanto e soltanto il tradizionale diritto alla prova della parte, quanto la tutela della prole esposta a situazioni di pericolo, rispetto alla cui piena ed efficace attuazione il diritto alla *post* del soggetto accusato di porre in essere i lamentati addebiti si pone su posizioni del tutto recessive.

E dunque si potranno utilizzare anche prove acquisite in violazione di divieti di legge o addirittura commettendo reati se funzionali all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione in materia di violenza in famiglia.

In ultima analisi, tale conclusione pare compatibile con quanto affermato dalla Cassazione nel caso menzionato più sopra. Nel chiudere la sua motivazione, infatti, la Corte afferma: “*Quanto alla utilizzabilità della consulenza P. la Corte di appello ha rilevato che la relazione P. è stata allegata a quella dei Servizi Sociali e come tale era comunque acquisibile alla valutazione del giudice ai fini di una decisione connotata dal rilievo pubblicistico perché diretta alla realizzazione della miglior tutela nel superiore interesse dei minori coinvolti nella controversia.*”

Il riferimento alla “diretta alla realizzazione della miglior tutela nel superiore interesse dei minori coinvolti nella controversia” pare, infatti, andare proprio nella direzione da me indicata: ovvero che la miglior tutela nel superiore interesse dei minori possa giustificare una deroga alla inammissibilità delle prove illecite.

Michele Angelo Lupoi

[36] V. ampiamente A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit. p. 954 ss.

REQUISITI DI CHIAREZZA E SINTETICITA'

La chiarezza e sinteticità degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice nel processo civile

di Silvia Latino

DEL 3 LUGLIO 2019

Sommario

1. Introduzione: dalle cause della prolissità al fondamento del principio
2. L'assenza del principio nel codice di rito
3. L'elaborazione giurisprudenziale del principio di sinteticità e chiarezza
4. Sinteticità e chiarezza dei provvedimenti del giudice
5. Conclusioni

1. Introduzione: dalle cause della prolissità al fondamento del principio

Il tema della sinteticità e chiarezza degli atti di parte e del giudice ha assunto crescente importanza nell'ordinamento processuale italiano, tanto da divenire non solo oggetto dell'attenzione del legislatore, ma anche di numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità, contributi della dottrina^[1] e protocolli nati dalla prassi giudiziale. L'obiettivo di fondo è rappresentato dalla condivisa esigenza di contrastare le tecniche redazionali improntate alla sovrabbondanza e scarsa chiarezza dell'atto processuale; tecniche favorite da diversi fattori ed in *primis* dall'introduzione dei software di videoscrittura. L'innovazione tecnologica ha radicalmente modificato l'approccio degli

operatori e reso estremamente agevole la redazione degli atti (basti pensare allo strumento del copia e incolla^[2]). L'eliminazione del formato bollo, sostituita dal pagamento del forfettario contributo unificato, ha spezzato – poi – il legame tra numero di pagine dell'atto e tassazione. Non deve essere peraltro trascurato l'aspetto prettamente "culturale". È, infatti, ancora diffusa la convinzione che le tecniche argomentative che mirano alla completezza, alla sovrabbondanza, alla onnicomprensività dei contenuti debbano essere preferite, in quanto maggiormente persuasive^[3].

In questo senso si consideri anche la tendenza legislativa a redigere norme che non possono definirsi l'emblema della sinteticità, e tantomeno della chiarezza^[4]; tendenza che

[1] Sul punto, FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.; STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il giusto proc. civ.*, p. 1191 ss.; COMMANDATORE, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 853 ss.; INGEGNATTI, *Dovere di sinteticità e linea di confine tra atto prolisso ed atto esaustivo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2278 ss.; CAPPONI, *Sulla «ragionevole brevità» degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1075 ss.; PANZAROLA, *Sulla sinteticità nella redazione degli atti processuali civili: un invito opportuno, non un principio generale del processo civile*, in CONTE, DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018, p. 121-153; PANZAROLA, *Sul (presupposto) principio di sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, in *Il giusto proc. civ.*, 2018, p. 69 ss.; TENAGLIA, *Sinteticità degli atti processuali nel processo tributario*, in *Corr. trib.*, 2017, fasc. 41, p. 3231 ss.; SCARSELLI, *Sulla sinteticità degli atti nel processo civile*, in *Foro it.*, 2017, p. 323 ss.; DE SANTIS, *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Il giusto proc. civ.*, 2017, p. 749 ss.; BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 467 ss.

[2] Nelle sentenze della Cassazione sul principio, è la Corte stessa a parlare di "copia-incolla": tra le altre, Cass. civ., sez. III, 30 novembre 2018, n. 31013.

[3] Sul punto, FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, cit., spec. p. 859.

[4] V. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma, 2002; V. Corte Cost., sent. n. 364 del 1988, in www.giurcost.org, in

inevitabilmente contribuisce, di riflesso, alla redazione di atti e provvedimenti oscuri, data la difficoltà di ricostruzione sistematica della fattispecie in un panorama normativo complesso e disorganico.

A voler osservare il problema dal punto di vista dell'evoluzione processuale, appare evidente che l'approdo ad un sistema caratterizzato dalla prevalenza della scrittura sull'oralità, con tendenziale abbandono delle caratteristiche della concentrazione e dell'immediatezza, ha acuito le criticità appena indicate, incidendo, soprattutto, sulla scarsa sinteticità a livello "macroscopico": alla successione degli atti nel corso dello svolgimento processuale corrisponde un accumulo nel fascicolo d'ufficio di materiale spesso inutile, perché ripetitivo, che costringe giudice e controparte ad un dispendio di energie eccessivo rispetto a quello che, opportunamente, andrebbe dedicato al caso concreto.

Dal breve *excursus* circa le cause connesse alla scarsa sintesi degli atti di parte, si coglie la portata di un fenomeno su larga scala, i cui effetti non possono che ricadere sull'economia processuale. Il binomio prolissità-lungaggine processuale, d'altronde, non sembra venir meno neppure focalizzando l'attenzione sui provvedimenti del giudice. La piena realizzazione del dovere di motivazione, sancito dall'art. 111 comma sesto della Costituzione, dipende inevitabilmente dalle caratteristiche dello stile redazionale. L'abuso di *obiterdicta* rende indefinito il perimetro della decisione, aumentando esponenzialmente il rischio di incorrere nei vizi di ultrapetizione e contraddittoria motivazione. La "sentenza-trattato" rappresenta, in primo luogo, un diniego di giustizia, e quindi – in quanto terreno fertile per l'impugnazione – un elemento di proliferazione dei gradi di giudizio e consequenziale allungamento delle tempistiche processuali.

In qualsiasi contesto in cui la scrittura abbia un ruolo preponderante, gli esiti pregiudizievoli di uno stile lontano dalla sobrietà sono individuabili in termini di inefficienza; quello di sinteticità e chiarezza è, dunque, un principio che risponde in primo luogo alla logica di buon senso, stando alla quale lo scrivere chiaro e conciso contribuisce ad un risparmio di tempo e risorse.

Da dove nasce quindi, l'esigenza di rinvenire un fonda-

mento costituzionale ad un principio i cui benefici sono ravvisabili *ictu oculi*?

Innanzitutto, dalla considerazione che mirare all'essenzialità di forma comporta un sacrificio in termini di contenuto: la sintesi è perseguibile soltanto attraverso un'opportuna selezione dello scritto, volta ad eliminare le parti superflue e ridondanti del testo. Necessariamente tale attività, in una dialettica delicata come quella processuale, porta con sé il rischio di sacrificare garanzie fondamentali. Il confine tra il superfluo e l'essenziale deve essere tracciato senza dimenticare il dovere deontologico dell'avvocato di garantire una difesa efficace al proprio cliente, e tenendo altresì presente il dovere del giudice di garantire la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. In ogni caso, quindi, la selezione non deve perdere di vista l'esigenza di funzionalità dell'atto, tanto di parte quanto del giudice, allo scopo per il quale è redatto. Il principio di sinteticità e chiarezza sottende, pertanto, un bilanciamento tra le due componenti: la sintesi non deve andare a discapito della comprensibilità e persuasività dell'atto, posto che un atto eccessivamente scarno rischierà di essere carente a livello argomentativo, e quindi, per nulla chiaro. Il principio di sinteticità e chiarezza auspica uno sforzo redazionale che muova dalla pianificazione e ordine delle argomentazioni e dei concetti, al fine di ottenere percepibilità piena della domanda e del *decisum* giudiziale; in altri termini, la piena comprensibilità dell'oggetto del processo, che si realizza a partire dalla chiara formulazione della domanda, è strumentale alla qualità della risposta fornita dalla giustizia. Di rilievo, quindi, è l'aspetto non solo quantitativo, ma anche qualitativo della produzione scritta nel processo.

Muovendo dalla considerazione che atti processuali chiari e sintetici possano contribuire a ridurre i tempi processuali, il fondamento costituzionale del principio è stato individuato, in *primis*, nella ragionevole durata del giusto processo (art. 111 Cost.)^[5].

Si può quindi affermare che la ragionevole durata sta al giusto processo, come la ragionevole lunghezza sta al giusto atto, rispondendo il principio all'esigenza di erigere il giusto processo a partire dal giusto atto.^[6] In tal senso, è lo stesso principio Chiovendiano di economia dei giudi-

cui al punto 27 della motivazione la Corte, individua nell'assoluta oscurità del testo normativo l'esimente al principio "*ignorantia legis non excusat*".

[5] Tra gli altri, in questo senso COMMANDATORE, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, cit.; STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, cit.

[6] V. STORTO, *op. cit.*, spec. p. 1196.

zi^[7] ad aver trovato sede nella Costituzione^[8]: è di ragionevole durata quel processo che impiega lo spazio e le risorse necessarie e sufficienti alla soluzione della specifica controversia. Pertanto, prescindere dalla complessità della concreta controversia induce a sovrapporre il concetto di ragionevole durata a quello di celerità e, parallelamente, prescindere dalla complessità del thema decidendum, conduce inevitabilmente all'appiattimento del concetto di sinteticità su quello di brevità dello scritto. Tanto il principio di sinteticità degli atti, quanto la ragionevole durata, sono clausole generali indissolubilmente legate,

quindi, al principio di proporzionalità^[9]: solo attraverso la lente della proporzione possono trovare una definizione che ne preservi la flessibilità ed eviti l'approdo a formule vuote – o peggio – formule suscettibili di essere riempite con un dato quantitativo rigido e aprioristicamente predeterminato^[10].

In un'ottica di ricerca di efficienza nel sistema giudiziario, il principio può senz'altro rappresentare una chiave di semplificazione delle controversie; divenire cioè il canale per un auspicabile incremento della qualità redazionale, la quale, più che all'abbattimento del contenzioso ar-

[7] «Il principio di economia dei giudizi, che non è se non l'applicazione del principio del minimo mezzo alla attività giurisdizionale, e non nel singolo processo soltanto, ma anche riguardo a più processi nel rapporto tra loro», così CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 87.

[8] E prima ancora, a partire dal 1955, esso faceva ingresso nel nostro ordinamento ad opera dell'art. 6 della CEDU, stando al quale ogni persona ha diritto a veder esaminata la causa in cui è parte entro un termine ragionevole; sul tema CHIAVARIO, *Art. 6. Diritto ad un equo processo*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 206 ss.

[9] Sulla rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano del principio di proporzionalità, di matrice europea, fondamentale il contributo di COGNETTI, *Il principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

[10] Ad una predeterminazione del limite quantitativo degli atti, in termini di numero di caratteri concessi, si è giunti nel processo amministrativo (seppur con la previsione di meccanismi volti a garantire di una certa flessibilità, in rapporto alla complessità della causa). L'operatività del principio di sinteticità e chiarezza nell'ordinamento processuale amministrativo ha subito un'evoluzione differente, e più rapida, rispetto a quella ancora in corso nel processo civile: basti ricordare, dal punto di vista sanzionatorio, l'immediato riflesso in tema di spese in caso di violazione, introdotto all'art. 26 c.p.a.; mentre da un punto di vista quantitativo, l'iniziale limitazione alla lunghezza degli atti adottata dall'art. 120 c.p.a. in materia di appalti pubblici. Gli ultimi interventi in materia hanno introdotto un'estensione generale del limite dimensionale per gli atti, oggi sancito dal Decreto del Presidente del Consiglio di Stato (del 22 dicembre 2016, modificato – poi – nell'ottobre 2017). Il legislatore ha inoltre corredato i limiti quantitativi di una sanzione processuale in caso di superamento, individuata dal quinto comma dell'art. 13 ter, disp. att. c.p.a.: «Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione». Non pochi i dubbi di costituzionalità che trapelano dalla disposizione, la quale sembra scardinare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di fatto autorizzando (attraverso l'incensurabilità) l'omessa pronuncia sul *petitum* incluso nelle pagine del ricorso eccedenti il limite.

Sul principio di sinteticità e chiarezza nel processo amministrativo, SANDULLI, M. A., *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in www.federalismi.it, 2012; FERRARI, *Sinteticità degli atti nel giudizio amministrativo*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, disponibile in www.Treccani.it; FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.; VOLPE C., *Dovere di motivazione della sentenza e sinteticità degli atti delle parti processuali*, in www.giustizia-amministrativa.it; GIUSTI, *Il Codice del processo amministrativo dopo il secondo correttivo*, in www.federalismi.it, 2013; PIETROSANTI, *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall'art. 3 comma 2 c.p.a.*, in *Foro amm. Tar.*, 2013, p. 3626 ss.; GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 149 ss.; INGEGNATTI, *Dovere di sinteticità e linea di confine tra atto prolioso ed atto esaustivo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2278 ss.; VOLPE C., *Processo amministrativo: sintesi, ottemperanza e opposizione di terzo: tre temicardi per i contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; VOLPE F., *Sui limiti all'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo (note a margine del decreto del Presidente del Consiglio di Stato 25 maggio 2015 n. 40, sulla sinteticità degli atti defensionali)*, in www.LexItalia.it; NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 1327 ss.; SANINO, *La sinteticità degli atti nel processo amministrativo: è davvero una novità?*, in *Foro it.*, 2015, p. 379 ss.; LIPARI, *La sinteticità degli atti difensivi*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, disponibile in www.Treccani.it; DE NICTOLIS, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata. Tra mito e realtà*, in CONTE, DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018, p. 155-181; BARBIERI, *I principi di sinteticità, di chiarezza e di specificità dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 769 ss.; BARBIERI, *L'abuso del copia ed incolla nel ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1570 ss.

retrato, potrebbe essere funzionale – in una prospettiva di cambiamento culturale nel lungo termine – al contenzioso futuro. Detto percorso, tuttavia, non potrà intraprendersi, se non considerando che il principio rappresenta tanto uno strumento di efficienza, quanto una potenziale minaccia per la tutela del diritto di difesa^[11]; diritto che, in quanto inviolabile, non può mai cedere il passo ad esigenze di durata^[12] – per quanto ragionevole e non breve – del processo.

D'altra parte, invero, è l'assenza stessa di economia dei giudizi a comprimere, fino a svuotare di contenuto, la tutela di cui all'art. 24 della Costituzione^[13].

Si addiuvano, pertanto, all'individuazione di due disposizioni costituzionali a fondamento del principio: tanto la ragionevole durata, quanto il diritto inviolabile di difesa. Tuttavia, detti principi, seppur in astratto convergenti verso il medesimo obiettivo del giusto processo, tendono in concreto a divergere pericolosamente: irrigidire gli atti in parametri quantitativi, al fine di accelerare le tempistiche, comporta una compressione delle garanzie difensive, allontanando dal giusto processo; invero tollerare gli eccessi difensivi e gli intenti dilatori che si nascondono dietro gli "atti-fiume", finisce ugualmente per minare il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale, frustrato in tal caso dalle lungaggini processuali. Il pericolo, insito nella prevalenza di una componente del principio sull'altra, è il rovesciamento le garanzie nel loro contrario, da presidi di giustizia, e qui potremmo dire di giusto processo, a cause d'ingiustizia, e di ingiusto processo.

Occorre, dunque, che il legislatore dia attuazione ai criteri di sinteticità e chiarezza consapevole del ruolo di ago del

bilanciamento costituzionale che riveste il principio: esso può assurgere a strumento tanto di garanzia della durata ragionevole, quanto di effettiva tutela dell'individuo nel processo, purché sia orientato alla realizzazione di un pieno e leale contraddittorio tra le parti, e non invece, a mere esigenze di rapidità. Quando la sintesi dei contenuti è ricercata ad ogni costo, perdendo di vista la proporzione con la complessità della materia trattata, questa diviene strumentale al formalismo, piuttosto che alla forma. Piena realizzazione del dettato costituzionale, o sacrificio dei diritti per ragioni di economia processuale sono, alla luce di questo principio, due possibili facce di una stessa medaglia.

Non resta che procedere ad osservare quali scelte, ad oggi, ne hanno guidato la concreta attuazione nel processo civile.

2. L'assenza del principio nel codice di rito

A differenza del codice del processo amministrativo^[14] e di quello di giustizia contabile^[15], il codice di procedura civile non contiene alcun riferimento espresso al principio di sinteticità e chiarezza. Partendo dall'inerzia del legislatore, appare utile procedere all'analisi di quella che è stata un'introduzione di fatto, realizzatasi attraverso il contributo degli operatori processuali nella prassi, nonché per mezzo dell'elaborazione giurisprudenziale del principio da parte della Suprema Corte.

Non sono mancati tentativi del legislatore – ad oggi privi di esito – di introdurre il principio in maniera espressa nel codice di rito.

Il primo progetto fu quello della Commissione Vaccarel-

[11] Rischio ben messo in luce da PANZAROLA, il quale afferma l'inesistenza nel processo civile un principio generale che imponga sinteticità nella redazione degli atti di parte. V. PANZAROLA, *Sulla sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, cit., p. 121 ss.; sulla enfaticizzazione del principio, assolutizzato quale principio generale dell'ordinamento, interessanti le considerazioni di TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 453 ss.

[12] La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sottolineato che, per quanto sia di grande importanza l'obiettivo di economia e di accelerazione della procedura, tuttavia esso non può giustificare il misconoscimento di un principio a sua volta fondamentale, quale il diritto a una procedura in contraddittorio, e ciò in quanto l'art. 6 CEDU mira innanzitutto a preservare gli interessi delle parti, oltre a quello collettivo di una buona amministrazione della giustizia (V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 18 febbraio 1997, *Niederöst – Huber c. Svizzera*).

[13] Lungi dall'introduzione dell'art. 111 in Costituzione, la Corte Costituzionale sottolineò la rilevanza del principio per cui la durata del processo non deve andare in danno alla parte che ha ragione, evidenziando la portata meramente nominalistica che assumerebbe l'art. 24 Cost., laddove si prescindesse dal tempo necessario per attuare la tutela. Sul punto, v. Corte Cost., sent. 28 Giugno 1985, n. 190, in *Foro.it*, 1985, p. 1881; Corte Cost., 17 Marzo 1998, n. 62, in *Foro.it*, 1998, p. 969.

[14] All'art. 3, comma secondo, c.p.a. «il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione».

[15] Il codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'art. 20 della L. 124/2015 ed entrato in vigore il 7 ottobre 2016, prevede all'art. 5, co. 2, che «il giudice, il pubblico ministero e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica».

la, Commissione Ministeriale costituita, con D.M. 28 giugno – 4 luglio 2013, per la riforma del processo civile.

Le proposte di modifica alle disposizioni del libro I del codice, in particolare, miravano ad introdurre una versione rinnovata dell'art. 121, con l'obiettivo di «*favorire un costume [degli operatori] attento non solo alla sobrietà dei rispettivi atti, ma anche alla collaborazione nella individuazione delle questioni meritevoli di trattazione scritta*».[16] Due nuovi commi dell'articolo citato, pur mantenendo il principio di libertà delle forme, avrebbero inserito nella norma il canone della sintesi (ma non anche quello della chiarezza), e ciò tanto per gli atti di parte, quanto per i provvedimenti giudiziari.

Di particolare rilievo in termini di effettività del principio, inoltre, l'intervento proposto sull'art. 115 c.p.c. La Commissione Vaccarella aspirava a risolvere l'annosa questione della decadenza dall'onere di contestazione, individuando, quale termine ultimo, la prima difesa successiva all'allegazione della controparte. Poiché l'art. 115 c.p.c. impone una presa di posizione specifica sui fatti allegati *ex adverso*, le parti tendono a ribadire più volte le contestazioni già esposte, nel timore che il giudice possa porre a fondamento della decisione un fatto, la cui contestazione si è perduta nei meandri del voluminoso fascicolo d'ufficio. La nuova formulazione avrebbe dunque consentito, in una prospettiva sistematica, di individuare con chiarezza il “luogo” della contestazione, frenando in tal modo l'impulso alla ripetitività.

Con il D.M. del 9 febbraio 2016, venne istituito, presso il Ministero della Giustizia, un gruppo di lavoro per lo stu-

dio del principio di sinteticità e chiarezza nel giudizio di legittimità[17]; successivamente integrato da nuovi esperti[18], soprattutto linguisti, il teamestese gli studi agli atti dei giudizi di merito, in particolare focalizzando l'attenzione sulle impugnazioni. I risultati dei lavori furono sintetizzati in due relazioni, la prima[19] del dicembre 2016, e la seconda[20], del febbraio 2018 (quest'ultima incentrata, in particolare, sul primo grado di giudizio).

Posto che nel varare il D.D.L. collegato alla legge di stabilità del 2014[21] vennero alla luce proposte di riforma – poi del tutto disattese – che nulla avevano a che vedere con quelle formulate dalla Commissione Vaccarella (tra le altre, l'introduzione della motivazione dei provvedimenti a richiesta e dietro pagamento del contributo unificato). Non si nutrono grandi aspettative in merito al recepimento dei risultati della Commissione Mura da parte del legislatore, anche considerando che la prima relazione, risalente al 2016, contiene una apposita sezione dedicata all'introduzione del principio nel codice, a cui non è stato dato, tuttavia, alcun seguito.

Per concludere il quadro circa il panorama normativo, ad oggi l'unico riferimento alla sintesi è contenuto nella normativa speciale in tema di processo civile telematico: il D.L. 83/2015, convertito nella L. 132/2015, ha introdotto l'art. 16 bis, co. 9 octies nel D.L. 179/2012, per cui «*gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica*». Tuttavia, la norma è rimasta sostanzialmente disapplicata, per lo meno nella parte in cui si rivolge agli atti di parte[22], e ciò per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, la

[16] Così la Relazione della Commissione, del 3 dicembre 2013, disponibile in www.judicium.it

[17] Gruppo di lavoro coordinato da Antonio Mura, Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia.

[18] Con due Decreti Ministeriali, il primo del 28 luglio 2016 e il secondo, del 19 ottobre 2016.

[19] Relazione consultabile in www.tribunale.roma.it.

[20] Relazione consultabile in www.federnotizie.it. Per quanto riguarda il fondamento costituzionale, nella relazione si sottolinea, a pag. 3, come il principio di sinteticità non postuli un ridimensionamento del dovere di motivazione del giudice, evidenziando la necessità che la ragionevole durata processuale sia sempre coniugata alla tutela di cui all'art. 24 e 111, co 2, della Costituzione.

Per quanto attiene le riforme al codice di procedura civile, si propone la modifica degli artt. 121, 125, 132, 134 c.p.c. e dell'art. 118 disp. att. c.p.c., al fine di inserire espressamente il principio nel codice. Per gli atti complessi o lunghi (previa riformulazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.) si individua la suddivisione in paragrafi numerati, preceduti da un indice, nonché la possibilità di deposito di copie cartacee di cortesia, e ciò nel tentativo di scoraggiare il deposito di atti voluminosi (questa la proposta di modifica dell'art. 16-bis, comma 9, del D.L. n. 179 del 2012). Tentativo, quest'ultimo, a nostro parere vano, dal momento che non saranno le spese legate alle copie di cortesia – prassi peraltro già in vigore – a scoraggiare la redazione prolissa. Infine, si introduce il termine decadenziale per la contestazione (da individuarsi nell'ultimo atto utile alle parti per fornire la prova dei fatti che si contestano), e si correda l'art. 115 c.p.c. dell'espressa notazione che la contestazione esposta non debba essere ripetuta nel prosieguo del processo.

[21] Disegno di legge C. 2092, presentato il 12 febbraio 2014; sul quale, CAPPONI, *A prima lettura sulla delega legislativa al governo «per l'efficienza della giustizia civile» (collegato alla legge di stabilità 2014)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2014.

[22] Numerose, infatti, nella giurisprudenza di merito, le pronunce che richiamano la disposizione per giustificare la scelta di adottare

disposizione è incompleta: priva di ogni riferimento alla chiarezza dell'atto, essa impone al giudice un'opera interpretativa di integrazione del dato testuale, e ciò è ancor più evidente laddove si consideri l'assenza di alcuna sanzione connessa alla violazione della norma. In secondo luogo, stante l'assenza del processo telematico nel giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, l'articolo 16 bis, co. 9 octies - limitato agli atti depositati telematicamente – non ha trovato spazio nelle pronunce di legittimità relative al principio, lasciando ai giudici del merito l'opera interpretativa cui si è accennato in precedenza.

Con la finalità di sopperire alla lacuna legislativa, parte della dottrina[23] ha individuato nell'art. 39 c.p.a. un potenziale strumento di ingresso del principio di sinteticità e chiarezza in ambito processuale civile. Detta tesi muove dall'idea di una reciproca integrazione tra i codici, ritenendo che il rinvio esterno del c.p.a. alle disposizioni del c.p.c. – purché compatibili o espressione di principi generali – non debba essere inteso nel senso di attribuire carattere generale al codice di rito civile e carattere speciale a quello amministrativo.

Effettivamente, a dimostrare la sussistenza del requisito della compatibilità del principio con il sistema processuale civile, vengono in ausilio tutte quelle norme del codice che – seppur in maniera parziale e in larga parte limitandosi ai provvedimenti del giudice[24] – si riferiscono alla sommarietà, concisione e succintezza (artt. 132 e 134 c.p.c.; art. 118 disp. att. c.p.c.).

Notevole impulso allo sviluppo del principio, nella prassi, si è avuto grazie all'operato degli Osservatori sulla giustizia civile[25].

Si tratta di gruppi di studio istituiti di regola presso i tribunali, i quali, attraverso il coinvolgimento del Consiglio dell'Ordine (e talvolta anche di docenti universitari[26]), hanno consentito l'instaurazione di un dialogo tra l'avvocatura e la magistratura, finalizzato ad individuare regole “virtuose” per la redazione degli atti. Tale attività è infine sfociata nella redazione di protocolli[27] e nell'elaborazione di modelli di atti e provvedimenti.

I protocolli hanno il pregio di riassumere indicazioni circa le tecniche formali di redazione[28], così rappresentando un ausilio per il professionista all'organizzazione dello scritto.

I modelli, invece, rappresentano delle vere e proprie esemplificazioni strutturate di atti, a cui far riferimento per esercitare un'azione a struttura ricorrente o standardizzata. Lo schema si presenta come un modulo in cui inserire i dati del caso concreto, in modo da non tralasciare elementi, né ripetere più volte i medesimi contenuti.

La natura tendenzialmente ripetitiva del contenzioso, tipica di alcune materie, consente senz'altro di coglierne i tratti salienti ed elaborare formati standardizzati; invero, detta attività di elaborazione di atti preimpostati sta prendendo campo anche per quanto riguarda il contenzioso a struttura non ricorrente.

Infatti, sulla scia dei moduli elaborati dai Protocolli dei Tribunali, il recente Protocollo d'Intesa tra CSM e CNF[29], in maniera alquanto innovativa, propone *format* per la stesura dei provvedimenti. Per la prima volta forniti quale ausilio al lavoro dei magistrati, detti moduli sono allegati informatici al Protocollo, e ciò ne consen-

una motivazione semplificata e sintetica, ex multis Trib. Milano, 19 febbraio 2019, n.1567; Trib. Milano, 14 marzo 2019, n. 2490.

[23] Così FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, cit., spec. p. 863.

[24] Per gli atti di parte, il codice, sicuramente orientato al principio di libertà delle forme di cui all'art. 121 c.p.c., sembra contenere meno prescrizioni: l'art. 46 disp. att. c.p.c. appare rivolto a garantire la comprensibilità dello scritto, più in termini di formato, che di forma, prescrivendo di utilizzare un carattere chiaro e facilmente leggibile, e la continuazione del testo. La disposizione statuisce inoltre che le eventuali correzioni devono essere effettuate in calce, senza eliminazione di alcuna parte soppressa o modificata. Un riferimento alla chiarezza può essere rintracciato nell'art. 164 c.p.c., nella parte in cui prevede la nullità dell'atto in caso di “assoluta incertezza” di alcuni degli elementi che lo compongono, soprattutto considerando che la comprensibilità dell' *edictio actionis* è essenziale all'individuazione dell'oggetto della domanda.

[25] Per approfondimenti, in particolare sul progetto Torinese, v. CICCARELLI, *Collaborazione ed efficienza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 692 ss.

[26] Tra gli altri, sicuramente gli Osservatori di Torino, Verona e Roma.

[27] Protocolli Milanesi disponibili in www.milanosservatorio.it, quelli di Verona in www.valoreprassi.it; quelli di Roma in www.ordineavvocatiroma.it.

[28] Alcune tra le “buone prassi” più ricorrenti, contenute nei protocolli sono la separazione tra “parte in fatto” e “parte in diritto”, nonché la divisione dell'elaborato in paragrafi. Gli stessi forniscono spesso istruzioni pratiche circa le modalità di contestazione dei fatti, di produzione dei documenti e di citazione della giurisprudenza e della dottrina.

[29] Protocollo del 19 luglio 2018, disponibile in www.consiglionazionaleforense.it

te l'agevolata introduzione da parte dei giudici all'interno del programma "Consolle", attualmente in uso nel processo civile telematico.

Particolarmente utile per comprendere le prassi che gli operatori auspicano si diffondano nella redazione degli atti, è uno tra i primi protocolli emanati in Italia: il *Protocollo per la redazione degli atti processuali civili*, elaborato dall'Osservatorio di Torino.

Il protocollo distingue i diversi momenti dell'attività difensiva, tanto all'interno del singolo atto^[30], quanto nella sequela procedimentale: la narrazione organica del fatto, all'interno dell'atto introduttivo, è scissa nettamente dall'attività di contestazione, per la quale si suggerisce maggiore analiticità (*scansione per articoli separati e distinti*), individuandone la collocazione nel primo atto difensivo di risposta.

«Se la parte ritiene di non poter seguire la scansione della materia del contendere impressa da controparte (per illogicità, contraddittorietà o diversa impostazione giuridica della controversia) ne esplicita le ragioni. La scansione della materia con cui le parti hanno trattato la controversia è, di regola, il telaio della futura sentenza.»^[31] Oltre alla reciproca influenza tra gli atti difensivi delle parti (soprattutto alla luce del principio di contestazione, cui il Protocollo torinese dedica particolare attenzione), si evidenzia quanto – a distanza di anni – verrà ribadito nel Protocollo d'Intesa tra CSM e CNF: la reciproca influenza tra atti di parte e provvedimenti del giudice.

Anche l'Osservatorio di Roma è particolarmente attento al tema della sinteticità e chiarezza degli atti, lo studio in materia è sfociato nell'adozione del *Protocollo sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali di parte e dei provvedimenti del giudice nel giudizio di primo grado*^[32], datato 12 dicembre 2017.

Alla ricerca di "good practices" a livello locale, ha contribuito fortemente l'incapacità legislativa di operare in materia processuale. Il legislatore interviene, se non con norme scadenti, comunque tralasciando gli aspetti strutturali, e concentrandosi su quella che è stata definita la "riforma perenne" alle norme del codice di procedura civile^[33]. L'impegno degli operatori per far fronte alle carenze del sistema sta incrementando nel corso del tempo.

Data la consapevolezza che le forme di autoregolamentazione sono disorganiche, poiché nate in contesti locali, sono stati emanati protocolli dalla portata nazionale: primo tra tutti, il Protocollo d'Intesa del dicembre 2015, che vede il CNF e la Corte di Cassazione impegnati alla ricerca di regole condivise in ordine alla stesura dei ricorsi di ultima istanza^[34]. Da ultimo, il già citato Protocollo CNF-CSM, del 2018, primo protocollo nazionale contenente indicazioni anche in merito alla stesura di provvedimenti. Nella stessa prospettiva evolucionistica, si osservi l'intento degli Osservatori di creare luoghi di dialogo: l'Assemblea Nazionale degli Osservatori sulla Giustizia civile tenutasi a Roma, il 21 maggio 2017, ha introdotto le *Linee*

[30] Il protocollo prevede, ad esempio, che la formulazione della parte in fatto (avalutativa), debba contenere le deduzioni formulate per articoli separati e distinti, progressivamente numerati, in maniera tale da renderle idoneo supporto per la costituire le future capitolarizzazioni istruttorie; per la parte in diritto, argomentativa e valutativa, si prevede la scansione in appositi paragrafi e sotto-paragrafi separati e titolati, con l'apposizione di un indice-sommario in caso di particolare complessità della controversia.

[31] Così, il *Protocollo per la redazione degli atti processuali civili*, 2010, in www.tribunale.torino.giustizia.it. L'Osservatorio ha successivamente emanato il "*Protocollo del processo civile telematico dinanzi al tribunale ordinario di Torino*", che riguarda non soltanto la redazione degli atti a mezzo informatico, ma anche approfondimenti circa le prassi nel processo telematico.

[32] Il progetto ha coinvolto il Tribunale di Roma, l'Osservatorio sulla giustizia civile di Roma, e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, con l'obiettivo del «conseguimento di un'agevole comprensione del testo, raggiungibile offrendo soprattutto un lineare ed esauriente ordine argomentativo; evitando ripetizioni, espressioni gergali e forme verbali passive; curando la punteggiatura e la precisione lessicale; preferendo frasi brevi e una sintassi semplice e agile a frasi lunghe, con incisi e divagazioni, e alla sintassi complessa, con molte subordinate». La sinteticità viene definita come «concetto di relazione, che esprime una corretta proporzione tra la complessità delle questioni da esaminare e l'estensione espositiva degli atti».

[33] In questo senso, CAPPONI, *Salviamo la giustizia civile*, Milano, 2015, p. 123.

[34] Sul protocollo d'Intesa Cassazione-CNF, del 17 dicembre 2015, v. DONZELLI, *Il protocollo d'intesa sulle regole redazionali degli atti del giudizio di cassazione in materia civile e tributaria*, in www.eclegal.it; CONSOLO, *Il Protocollo redazionale CNF [Consiglio Nazionale Forense]-Cassazione: glosse a un caso di scuola di "soft law" (... a rischio di essere riponderato quale "hard black letter rule")*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2775 ss.; FRASCA, *Intorno al Protocollo fra Corte di cassazione e C.N.F. sui ricorsi civili*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2768 ss.; PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziali: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2782; CERRI, *La scrittura degli atti processuali ed il Protocollo d'intesa C.N.F. / Cassazione sulla redazione dei ricorsi*, in www.judicium.it; PANZAROLA, *La cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, p. 269 ss.

guida del 2017 per la redazione di atti e provvedimenti in maniera chiara e sintetica, alle quali è fortemente ispirato il protocollo di Roma summenzionato. Le Linee Guida vengono proposte quale strumento, rivolto agli organi istituzionali, per dare attuazione al principio di sinteticità e chiarezza.

Nelle note esplicative allegate, analogamente a quanto previsto dal Protocollo tra Cassazione e CNF del 2015, si sottolinea che la violazione delle regole elaborate dalle Linee Guida non può dar adito a pronunce di inammissibilità o improcedibilità. Per quanto riguarda la struttura degli atti, l'invito è a procedere secondo l'ordine logico delle argomentazioni, quello cronologico dell'esposizione dei fatti e l'ordine di allegazione di controparte per le contestazioni.

L'invito all'inserimento dei collegamenti ipertestuali sembra orientato a sfruttare la dinamicità dell'atto telematico rispetto al cartaceo; inoltre, nell'ottica di garantire una consultazione agevolata, devono essere intesi i suggerimenti di redigere un sommario iniziale (*abstract*), nonché un elenco numerato dei documenti allegati. Per l'individuazione del limite di pagine degli atti, così come per quanto attiene ai caratteri grafici, al corpo e allo stile, le Linee Guida aderiscono alle indicazioni fornite nel Protocollo d'Intesa CNF – Cassazione; sul punto, le note esplicative motivano la scelta di discostarsi dal Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016 (che adotta limiti dimensionali parametrati al numero dei caratteri), perché meno in linea con i regolamenti di procedura delle Corti europee. Infine, per rendere effettiva l'osservanza del principio della sinteticità e chiarezza, le note esplicative suggeriscono di adottare il metodo premiale, che consiste nel valutare, ai fini della liquidazione del compenso dell'avvocato, anche la redazione chiara e sintetica degli atti. Il richiamo è al parametro del "pregio dell'attività difensiva", a norma dell'[art. 4, co. 1, D.M. 10 marzo 2014, n. 55](#); non manca, peraltro, l'accento alle decisioni "punitiva" del Consiglio di Stato in materia di violazione dell'[art. 3 c.p.a.](#)^[35] Ulteriore esempio di dialogo sono le

riunioni del Coordinamento Nazionale degli Osservatori: in quella tenutasi il 24 novembre 2017 a Bologna, si è rilevato che la questione della chiarezza e sinteticità degli atti si articola diversamente tra gradi di merito e legittimità, e pertanto, preso atto dell'introduzione del principio nel processo civile telematico, l'obiettivo è l'effettività fin dai primi gradi di giudizio, a prescindere dalla scelta tra il metodo premiale o sanzionatorio, sancita dai vari protocolli. Il dato più allarmante che emerge da un'attenta analisi dei protocolli è che gli stessi stiano divenendo veicolo di interpretazione della normativa^[36]: gli Osservatori stanno progressivamente esorbitando dall'attività di individuare buone prassi, poiché, anche alla luce della lacunosità summenzionata, necessitano di colmare i vuoti presenti nel quadro normativo, oltrepassando, così, il limite di quella che sarebbe la loro attività ordinaria.

Essenzialmente, nell'ordinamento processuale, la definizione ed evoluzione del principio sta procedendo attraverso due percorsi, distinti e paralleli. Da un lato, l'esperienza del processo amministrativo è sfociata nei Decreti delegati al Presidente del Consiglio di Stato, per cui la disciplina in ambito di sinteticità e chiarezza è stata definita attraverso il combinato intervento, tanto del legislatore, quanto dell'organo di vertice della giustizia amministrativa. Dall'altro, invece, nel processo civile, il percorso ha seguito le logiche dei protocolli e della definizione del principio da parte della giurisprudenza, come stiamo per vedere.

3. L'elaborazione giurisprudenziale del principio di sinteticità e chiarezza

Premminente è il ruolo di elaborazione giurisprudenziale svolto dalla Corte di Cassazione in materia.

Già dal 2012^[37] le Sezioni Unite sottolineano che il ruolo della Corte non è quello di selezionare, all'interno del coacervo di materiale introdotto dalla parte, quanto effettivamente necessario ai fini della decisione. Nella pronuncia in questione, si rinviene il primo riferimento della Cassazione al principio di sinteticità e chiarezza del codi-

[35] Il Consiglio di Stato, con la pronuncia [12 giugno 2017, n. 2852](#), in materia di appalti, sanziona per temerarietà della lite la parte, per aver redatto un ricorso in violazione dei limiti previsti dal Decreto Presidenziale, e ciò nonostante il rifiuto del giudice di esaminare le pagine eccedenti i limiti, a norma dell'[art. 13 ter, disp att. c.p.a.](#) Fermo restando che la sanzione per temerarietà della lite prescinde dalla prova del danno, in questo caso si dubita che il danno alla amministrazione della giustizia si sia realizzato, e che la violazione del giusto processo si sia attuata, dal momento che il sistema non ha investito risorse per la decisione sulla parte di atto sovrabbondante.

[36] Tra gli altri, il Protocollo di Verona inerente all'[art. 96 c.p.c.](#) ne è esempio; in tema di sinteticità e chiarezza, sicuramente il Protocollo di Torino sulle modalità di contestazione, prevedendo il termine per contestare, non specificatamente individuato dalla norma, si pone nella stessa direzione.

[37] Cass., Sez. Un., sent., [4 aprile 2012, n. 5698](#).

ce del processo amministrativo, richiamato per sottolineare come la rilevanza della sintesi nell'intero ordinamento processuale.

A partire dalla sentenza, n. 11199/2012, la Suprema Corte concentra l'attenzione sul numero di pagine di cui si compone il ricorso, laddove detto numero sia sproporzionato rispetto alle questioni affrontate[38].

Nel 2014 – poi – è la sezione lavoro a prospettare, per la prima volta, la possibilità che sia comminata l'inammissibilità per violazione del principio di sinteticità e chiarezza, individuato quale vero e proprio dovere processuale delle parti e definito uno dei «*pilastri su cui si basa il giusto processo*».[39] L'inosservanza del principio frustra l'obiettivo del processo di tendere a una decisione di merito, e pertanto collide con gli artt. 24 e 111, co. 2, Cost., nonché con l'art. 6 della CEDU.[40] Con la sentenza n. 21297, del 10 ottobre 2016, scatta per la prima volta la sanzione prospettata: la Cassazione censura un ricorso di ben duecentocinquanta pagine, dichiarandolo inammissibile tanto per violazione dell'art. 366, n. 3, c.p.c., quanto del principio di sinteticità e chiarezza. L'incomprensibilità dei motivi del ricorso – anch'essi redatti, come lo svolgimento del processo, attraverso la tecnica dell'assemblaggio di atti del giudizio di merito – è stata censurata in quanto fattore impediente il contraddittorio processuale. Nella motivazione della pronuncia, si è preso atto dell'assenza di una normativa processuale civile, in materia, corrispondente a quella introdotta nel processo amministrativo; a tal proposito, invero, la Corte ha indivi-

duato nell'art. 3, co. 2 del c.p.a. un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, perché funzionale al perseguimento della ragionevole durata. La Corte, muovendo dal rilievo dell'insussistenza di un potere, in capo al giudice, di determinare limiti dimensionali per gli atti[41] né, tantomeno, sanzioni per il superamento[42], ha statuito che sussiste il rischio di incorrere nell'inammissibilità del ricorso svrabbondante. E ciò, dal momento che, tanto l'oscura esposizione dei fatti di causa, quanto delle censure alla sentenza impugnata, è violazione riconducibile all'art. 366, co.1, n. 3, e n. 4 c.p.c., assistita espressamente dalla sanzione dell'inammissibilità.[43] Senza dubbio, la prospettata «*esposizione al rischio d'inammissibilità*»[44] è divenuta concreta, dal momento che la Suprema Corte non appare porre limiti alla chiusura in rito, a fronte di ricorsi in violazione del principio di sinteticità e chiarezza.

Con la recente sentenza n. 9570, del 13 aprile 2017, ribadita la portata di *principio generale del diritto processuale*, la Cassazione ha evidenziato la necessità di assicurare, attraverso il binomio sinteticità e chiarezza, l'effettiva tutela del diritto di difesa, sancito dall'art. 24 della Costituzione. Il rifiuto del materiale sovrabbondante ed inutile risponde, inoltre, alla sentita esigenza di salvaguardia delle risorse: chi esercita il diritto di impugnare, incorre nel correlato dovere di non gravare il sistema giustizia di oneri superflui.

Alla ribadita vigenza del principio nel processo civile, la Corte sembra dare seguito attraverso l'ausilio dell'art.

[38] «111 pagine è la lunghezza del ricorso principale, il controricorso e ricorso incidentale raggiungono le 64 cartelle, e la memoria illustrativa, meramente iterativa del ricorso principale, è di 36 pagine, [...] detta ampiezza – che certamente, pur non ponendo un problema di formale violazione delle prescrizioni formali dettate dall'art. 366 cod. proc. civ., non giova alla chiarezza di tali atti e concorre ad allontanare l'obiettivo di un processo celere, che esige da parte di tutti atti sintetici, redatti con stile asciutto e sobrio – non è affatto direttamente proporzionale alla complessità giuridica o all'importanza economica delle questioni veicolate, e si risolve soltanto in una inutile e disfunzionale sovrabbondanza, infarcita di continui e ripetuti assemblaggi e trascrizioni degli atti defensionali, delle sentenze dei gradi di merito, delle prove testimoniali, della consulenza tecnica e dei suoi allegati planimetrici». (Cass. civ., sez. II, 4 luglio 2012, n. 11199).

[39] Cass. civ., sez. lav., 5 gennaio 2016, n. 34.

[40] In questo senso, Cass. civ., sez. lav., 6 agosto 2014, n. 17698; nonché Cass. civ., sez. lav., 30 settembre 2014, n. 20589.

[41] Potere, invece, previsto a livello sovranazionale, all'art. 58 del Regolamento di Procedura della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[42] A differenza di quanto previsto nella Rule 33 of the Supreme Court of the United States (che indica un limite, tanto per il numero di parole che di pagine, di ogni atto depositabile), nonché del codice di procedura civile Svizzero, il quale prevede una rigida disciplina in tema di formalità dell'atto di parte: in particolare, si considera non presentato l'atto i cui vizi non siano sanati entro il termine fissato dal giudice, medesima sanzione per gli atti illeggibili, prolissi, sconvenienti e incomprensibili; peraltro, nell'ordinamento processuale svizzero, gli atti dovuti ad una condotta processuale abusiva o querulomane sono rinviati al mittente senza formalità.

[43] Per il medesimo orientamento, v. Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2017, n. 25818; Cass. civ., sez. II, 16 novembre 2017, n. 27247; Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 2017, n. 29708.

[44] Già prospettato in Cass. civ., sez. lav., 6 agosto 2014, n. 17698.

366, n. 3 c.p.c.[45], sottolineando la mancata derivazione dell'inammissibilità dalla violazione di un parametro dimensionale prestabilito; si è dunque sopperito alle carenze legislative attraverso la sommaria esposizione del fatto, riempiendo, così, di contenuto la clausola elastica rappresentata dal principio.

Nell'ultimo biennio, sono state numerose le eccezioni di inammissibilità per violazione della sinteticità e chiarezza sollevate dal resistente innanzi alla Corte.

L'orientamento giurisprudenziale[46], in fase di consolidamento, mira ad evidenziare come l'imponente coacervo di documenti riprodotti nel ricorso non implichi l'automatica inammissibilità, non comminata laddove sia agevolmente individuabile e isolabile il contenuto dell'atto. Sussistono, pertanto, fattispecie in cui la Suprema Corte è onerata dal ricorrente a selezionare quanto rileva ai fini della decisione, con conseguente inammissibilità per violazione dell'art. 366 c.p.c., distinte dalle fattispecie in cui il ricorso, pur se prolisso perché redatto attraverso la tecnica dell'assemblaggio, consente la disamina dei motivi in maniera agevole.

In questo modo, sostanzialmente, la Corte esclude che l'inammissibilità consegua al mero "copia – incolla", discostandosi dall'automatismo della chiusura in rito, a fronte della scarsa sintesi.

Per quanto banale possa sembrare, è, di fatto, il criterio della *chiarezza* a venire in soccorso per distinguere i casi di ammissibilità del ricorso sovrabbondante. La *chiarezza* dell'atto, e segnatamente la sua comprensibilità, emerge, innanzitutto, dalla scindibilità "*ictu oculi*" del materiale rilevante da quello irrilevante.

Nel panorama attuale non si ravvisano pronunce della Corte di legittimità che facciano leva sulle spese per reprimere il difetto di sinteticità e chiarezza; anche nelle recenti pronunce d'inammissibilità, manca il riferimento alla riduzione del compenso dell'avvocato fino ad un massimo del cinquanta per cento (possibilità, quest'ultima, previ-

sta dal co. 9, art. 4, del D.M. 155/2014). Va tuttavia sottolineato che all'inammissibilità segue, automaticamente, il doppio pagamento del contributo unificato, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, co. 1 *quater*. [47] Una considerazione appare doverosa, in merito al suesposto orientamento di legittimità: si è affermata la sussistenza di un principio generale processuale, che la stessa Corte afferma essere funzionale alla realizzazione dello scopo del processo – cioè quello di addivenire ad una corretta pronuncia di merito. Individuare nell'inammissibilità la sanzione in caso di violazione, comporta la preclusione di ogni valutazione circa la legittimità della pronuncia impugnata, stante il principio di consumazione del ricorso, sancito dall'art. 387 c.p.c.

Pertanto, appare opportuno che il vaglio sulla redazione chiara e sintetica non sia limitato a quello effettuato dal giudice di ultima istanza sul ricorso, tenuto conto che nessun rimedio potrà essere esperito avverso la scarsa sintesi e chiarezza dell'intera sequela di atti che hanno composto il giudizio nelle fasi antecedenti. In altri termini, laddove il principio sia violato *anche* di fronte al giudice di ultima istanza, la pronuncia di merito, emessa all'esito di un percorso avvenuto in violazione del principio, potrà al più consolidarsi passando in giudicato.

4. Sinteticità e chiarezza dei provvedimenti del giudice

L'indagine circa l'evoluzione del principio non può limitarsi ai soli atti di parte, posto che, come evidenziato in precedenza, vi è una stretta correlazione tra questi e i provvedimenti del giudice. Si pensi, ad esempio, alle difficoltà riscontrabili nell'impugnare una sentenza prolissa per mezzo di un atto sintetico.

Emerge chiaramente dal codice di procedura civile, che il legislatore si sia concentrato a richiamare la succintezza e la concisione nelle norme che riguardano i provvedimenti[48], piuttosto che gli atti di parte. In particolare, l'art. 132, co. 2, n. 4 c.p.c., e l'art. 118 delle disposizioni attuati-

[45] Tra le tante, Cass. civ., sez. VI, 28 agosto 2018, n. 21231; Cass. civ., sez. III, 30 novembre 2018, n.31013; sul tema, COMOGLIO L.P., *Esposizione "assemblata" dei fatti ed inammissibilità del ricorso in cassazione* (Nota a ord. Cass. sez. VI-3 10 ottobre 2017, n. 23731; ord. Cass. sez. VI-3 12 settembre 2017, n. 21136), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 199 ss.; DAMIANI, *Brevi osservazioni su sinteticità e autosufficienza del ricorso per cassazione* (Nota a ord. Cass. sez. II civ. 9 novembre 2017, n. 26561; ord. Cass. sez. lav. 2 ottobre 2017, n. 22991; Cass. sez. III civ. 31 luglio 2017, n. 18962), in *Foro it.*, 2018, p. 576 ss.

[46] *Ex multis*, Cass. civ., sez. trib., 21 febbraio 2018, n. 4164; Cass. civ., sez. trib., 31 gennaio 2018 n. 2393; Cass. civ., sez. trib. 17 gennaio 2018 n. 960; Cass. civ., sez. trib., 15 Settembre 2017, n. 21418.

[47] Comma inserito dall'art. 1, co.17, della L. 228/ 2012.

[48] Sulla funzione e sinteticità della motivazione, v. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *Giurisd. amm.*, 2012, p. 7 ss.; BERTILLO, *Sulla motivazione riproduttiva degli atti di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1292 ss.; CAPPONI, *La motivazione laica, funzionalista, «disincantata»* (nota a Cass., S.U., 16 gennaio 2015, n. 642), in *Il giusto proc. civ.*, 2015, p. 121 ss.; GRASSO, *La mera ri-*

ve, entrambi modificati dalla l. 69/2009, si occupano delle modalità redazionali delle sentenze.

Prima della modifica del 2009, era previsto che la sentenza dovesse contenere «la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione», a seguito della riforma, l'art. 132 si riduce alla «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione». Abolito lo svolgimento del processo e trasformati i «motivi» nelle «ragioni», la prassi di distinguere nettamente in sentenza lo svolgimento del processo dalla parte motiva è venuta meno^[49].

In parallelo, è stato modificato l'art. 118 disp. att. c.p.c., che si riferisce, oggi, alla «succinta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto», prevedendo altresì la possibilità per il giudice di motivare con riferimento a precedenti conformi. Dalla relazione al disegno di legge da cui è scaturita la legge 18 giugno 2009 n. 69, si evince l'intento del legislatore di ridurre il contenuto espositivo e motivazionale della sentenza, ritenuta – così – più conforme all'art. 111, co. 6, Cost.

Il monito alla brevità riferito ai provvedimenti del giudice è palese, e supportato anche da alcune disposizioni originarie del codice del 1940: resta invariato, infatti, il secondo comma dell'art. 118, disp. att., c.p.c., che prevede di esporre *concisamente* e *in ordine* le questioni affrontate dal collegio, corredandole dall'indicazione delle norme e dei principi di diritto applicati, fermo restando il divieto di citazioni dottrinarie in sentenza. Anche l'ordinanza, ai sensi dell'art. 134 c.p.c., deve essere succintamente motivata.

Ad una tendenziale impostazione del codice che lascia libertà di forma per gli atti di parte (art. 121 c.p.c.), prevedendo, invece, per il giudice richiami alla concisione, si è aggiunta nel tempo la convinzione che il «collo di bottiglia»^[50] (ossia la causa dei ritardi nel processo) fos-

se individuabile nella fase decisoria.

Si è dato così avvio ad un'opera di destrutturazione della motivazione della sentenza, in ottica acceleratoria.

Nel 2006 è stato modificato l'art. 363 c.p.c., introducendo la sinteticità anche per l'istanza finalizzata all'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, formulata dal procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

Ai sensi dell'art. 131 c.p.c., il dissenso di un componente del collegio deve essere «succintamente motivato».

Il processo in atto è ravvisabile anche nella scelta legislativa di sostituire, in diverse ipotesi, all'emanazione della sentenza quella di un'ordinanza: si pensi al filtro in appello, al provvedimento di incompetenza del giudice ex artt. 42 e 43 c.p.c. (anch'esso frutto dalla l. 69/2009), nonché al provvedimento di chiusura del processo sommario di cognizione.

Si giunge nel 2014, con il D.D.L. 2092, art. 2, co. 1, lett. b), n. 1, alla proposta, già accennata in precedenza, di introdurre la motivazione «a richiesta»: sostanzialmente, essa consiste nell'emanazione del dispositivo non corredato di motivazione, con la previsione che la parte – di regola il soccombente che abbia interesse ad impugnare – possa ottenere le ragioni della decisione presentando apposita istanza (con pagamento anticipato del contributo unificato dovuto per l'appello). Il fine è quello di ridurre le tempistiche del processo tagliando i tempi che i giudici impiegano a redigere la motivazione. Questo progetto di riforma non ha avuto seguito, ma dobbiamo ritenere che, anche qualora l'avesse avuto, la disposizione sarebbe stata incostituzionale per violazione dell'art. 111, co. 6, Cost.

Non può trascurarsi, tuttavia, il fatto che tentare di risolvere l'eccessiva durata dei processi intervenendo sul momento decisorio è illogico, ancor prima che utopico. Individuare, come sinora si è fatto, il «collo di bottiglia» nel

produzione di un atto di parte nella sentenza civile: diritto senza letteratura?, in *Foro it.*, 2015, p. 1624 ss., RASIA, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 205 ss.; i saggi raccolti, sul *Linguaggio della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2016, V, 357-377: GRASSO, *Le parole dei giudici: chiarezza, sinteticità e giustizia*, 357-361; BARBAGALLO, *Per la chiarezza delle sentenze e delle loro motivazioni*, 362-364; FERRARI, *Fatti e parole nella giurisprudenza*, 364-368; SCODITTI, *Chiarezza e semplicità delle sentenze: simplex sigillum veri*, 368-371; GENTILE, *La relativa opacità del linguaggio giudiziario, fra inestetismi ed espressioni incerte: cause, tendenze, rimedi*, 371-377.

[49] Interessante notare che il modello redazionale di ricorso in Cassazione, contenuto nel Protocollo del 2015, individui un atto ben scandito nelle sue parti, con scissione della parte motiva da quella attinente allo svolgimento del fatto, mentre le modifiche alla disciplina della sentenza comportino una probabile commistione della realtà fattuale e di quella motiva. Tuttavia, a tal proposito, il summenzionato *Protocollo d'Intesa tra CSM e CNF sulla chiarezza e sinteticità degli atti e provvedimenti per i giudizi di appello* prevede l'articolazione bipartita in antifatto e motivazione nelle sentenze di primo grado; in riferimento ai provvedimenti di appello, inoltre, il medesimo protocollo suggerisce di dar conto, nello svolgimento del processo, anche della decisione del giudice di prime cure (art.5.3).

[50] L'espressione è ripresa dalla Risoluzione del CSM, disponibile in *Foro it.*, 1988, p. 249 ss.

provvedimento che chiude il processo, significa procedere a riforme a costo zero, che incidono sugli effetti del problema, scambiandoli per le cause^[51].

Appare irrazionale il tentativo di semplificare l'ultima fase di un iter, senza valutare che si sta procedendo nella direzione opposta per tutte le fasi precedenti. In un processo particolarmente infarcito di preclusioni, decadenze e cause di inammissibilità, le parti sono indotte ad inserire quanto più possibile negli atti, nel timore di giungere a preclusioni maturate senza aver espletato tutte le potenziali difese. Ciononostante, di fronte a fascicoli che sono "monumenti di archeologia"^[52], si rincorre ancora il mito del provvedimento finale sintetico. Pensare la sentenza come avulsa dal processo è un errore di prospettiva, poiché, senza dubbio, essa non può che essere il riflesso di ciò che conclude.

Potremmo a questo punto chiederci, rovesciando completamente la visuale: se «la sentenza non arriva d'un tratto, è il processo che si trasforma a poco a poco in sentenza»,^[53] può il provvedimento essere tanto legato a quanto accaduto in precedenza da diventare la mera riproduzione di un atto di parte? A questo interrogativo hanno dato risposta affermativa le Sezioni Unite, con la sentenza 16 gennaio 2015, n. 642.

Con la decisione in questione, la Cassazione afferma che non sussiste nullità, per violazione dell'art. 360, n. 4, c.p.c., della sentenza che in luogo della motivazione riproduca letteralmente un atto di parte, purché le ragioni alla base della decisione siano espresse in modo chiaro, univoco ed esaustivo. La paternità della sentenza, intesa come attribuzione dei contenuti al giudice, è ravvisabile anche nel caso in cui la sentenza sia redatta attraverso il copia-incolla di un atto di parte. Le Sezioni Unite hanno dunque avallato quello che sembrerebbe un ulteriore passo verso la destrutturazione della motivazione, celato sotto le spoglie di nuova tecnica redazionale.

La motivazione "collage"^[54] si distingue nettamente dalla motivazione *per relationem*, con la quale il giudice motiva riferendosi, ad esempio, al precedente conforme, ma anche non rimandando ad un altro scritto endoproces-

suale. I rischi della motivazione che ingloba l'atto di parte sono molteplici, in primo luogo è più probabile incorrere nella violazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

È stato messo in luce da più parti, in dottrina,^[55] che i vizi della sentenza sarebbero tuttavia indipendenti dalla tecnica di redazione usata. Ciò è certamente condivisibile, nel senso che può dirsi censurabile solo la sentenza che contenga un atto di parte inidoneo a giustificare la decisione. Meno condivisibile è ammettere che un atto di parte possa essere redatto *al fine* di motivare la decisione del giudice, e cioè accettare che la *ratio decidendi* possa trovarsi al di fuori della sentenza ed essere esternata da un soggetto diverso dal giudice. La riflessione che stimola la sentenza in questione è legata ai diversi ruoli degli operatori nel processo, ed alla differente finalità che la redazione ha per ciascun operatore processuale. Indurre le parti a redigere un progetto di sentenza contribuisce alla sovrabbondanza, a discapito della sintesi. Possiamo ritenere logico che, alla luce del carico di lavoro attuale dei giudici italiani, questa pronuncia possa incoraggiare il fenomeno della motivazione "in potenziale appalto all'avvocato"^[56].

Sorge così il secondo dubbio in merito a questa tecnica: se la sentenza possa ritenersi decisione imparziale. La Corte, al riguardo, specifica che l'imparzialità del giudice si risolve nell'assenza di «presupposti (soggettivi, oggettivi, psicologici) idonei a condizionare il contenuto della decisione». Ad essere allarmante, non tanto il fatto che il giudice possa aver fatto proprie le ragioni della parte, in quanto il maturarsi della decisione presuppone che egli aderisca (o reputi perlomeno più convincenti) le tesi di una delle parti, quanto il fatto che detta adesione dovrebbe, essa stessa, essere corredata di motivazione.

Venendo al riflesso patologico, riprodurre un atto in un provvedimento senza nulla aggiungere ad esso, espone al rischio di emanare sentenze che dell'atto assorbano i vizi: lungaggini, imprecisioni e ripetitività verrebbero trasfuse direttamente dall'atto alla sentenza. Le trascrizioni eliminano in ogni caso, che si parli di giudice o di parte, il fil-

[51] In questi termini, CAPPONI, *Salviamo la giustizia civile*, cit.

[52] V. nota 50.

[53] Kafka, *Il processo*, Milano, 1971, p.175.

[54] Espressione coniata da RASIA, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage*, cit.

[55] *Ibidem*; GRASSO, *La mera riproduzione di un atto di parte nella sentenza civile: diritto senza letteratura?*, cit.; BERTILLO, *Sulla motivazione riproduttiva degli atti di parte*, cit.

[56] V. NEGRI, *Sentenze in appalto agli avvocati: al giudice il dispositivo, al legale le motivazioni*, in www.ilsole24ore.com.

tro realizzato dal secondo autore; filtro che si concretizza quando, seppur riprendendo la sostanza di un precedente atto, lo si impiega in maniera critica, corredandolo di propri argomenti, per raggiungere uno scopo ulteriore ed autonomo rispetto a quello dell'atto originale.

Resta, inoltre, il dubbio che la sentenza "collage" possa essere comprensibile per i soggetti che non siano stati parte in causa. Questa sentenza, così come la proposta della motivazione a richiesta, sarebbero giustificabili solo ammettendo che la motivazione abbia una rilevanza meramente endoprocessuale^[57] ed abbia perso la funzione di strumento per il controllo diffuso sulle decisioni.

Non si può che aderire alla considerazione, emersa in dottrina, di quanto sia più semplice eliminare i comportamenti vietati dalla legge, piuttosto che sindacare circa distorsioni e violazioni di meccanismi concessi.^[58] Si può dubitare, infatti, che il tempo recuperato dalla magistratura omettendo di redigere motivazioni, nei casi di adesione *tout-court* all'atto di parte, sia maggiore rispetto a quello che si impiegherà con l'incremento delle impugnazioni per l'uso distorto di tale tecnica di motivazionale.

Che la corte di Cassazione censuri il copia – incolla dei ricorsi, ma ammetta il *collage* nella sentenza, è forse il sintomo che al divario tra le modalità di redazione degli atti di parte e quelli del giudice non stia contribuendo solo il legislatore, ma anche la giurisprudenza.

Già prima della sentenza in questione il rito societario del 2003, poi abrogato, prevedeva la possibilità di motivare le sentenze in forma abbreviata, anche mediante il rinvio a elementi di fatto contenuti negli atti di parte. Inoltre, il D.L. 69/2013, sulla stessa scia, all'art. 79 proponeva la modifica dell'art. 118 disp. att. c.p.c., andando a corredare il riferimento ai precedenti conformi con il rinvio

a contenuti specifici degli scritti difensivi (la legge di conversione cancellerà questa disposizione). Attualmente, l'art. 348 *ter* c.p.c. prevede che l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, succintamente motivata, possa rinviare a elementi di fatto riportati negli atti di causa. Non possiamo non notare, tuttavia, che le normative suddette dispongono il possibile *rinvio*, e non invece la trascrizione puntuale di un atto di parte nel provvedimento.

Il percorso di semplificazione della motivazione non ha risparmiato, peraltro, i provvedimenti della corte di legittimità^[59]. Appare utile analizzare, attraverso gli atti di indirizzo dell'organo di vertice della Corte, come si sia passati da un'ottica di mera semplificazione, all'affermazione del principio di sinteticità e chiarezza – inteso in termini di proporzione – anche per i provvedimenti.

Il *Provvedimento sulla motivazione semplificata* del Primo Presidente Lupo, del 22 Marzo 2011^[60], distingue le sentenze in due modelli decisori, differenziati in base alla forma della motivazione^[61]. Per le sentenze di legittimità prive di funzione nomofilattica, in quanto non innovative degli orientamenti già consolidati della Corte, si prevede l'adozione di un modello semplificato di motivazione. La stessa, caratterizzata da estrema sinteticità, deve in ogni caso manifestare in modo chiaro la *ratio decidendi* essere specificatamente riferita alla fattispecie, non potendosi ammettere mere formule di stile adattabili a qualsiasi caso concreto.

Laddove, invece, la sentenza abbia funzione nomofilattica e sia, quindi, destinata ad un pubblico più ampio delle sole parti, la motivazione semplificata non può trovar luogo. La novità di questa impostazione risiede nel fatto che, anticipando la ratio legislativa che condurrà qualche anno più tardi alla distinzione tra sentenze e ordina-

[57] Non manca chi sottolinea – in maniera condivisibile – che anche per le parti in causa, e non solo per i soggetti esterni, la motivazione redatta attraverso la riproduzione di un atto crea rischi in merito alla certezza del *decisum*, in quanto costringe il destinatario a e reintegrare la motivazione. Così STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, cit.

[58] In questo senso, RASIA, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage*, cit.

[59] Introdotta con la legge 25 ottobre 2016 n. 197 (di conversione del D.L. 31 agosto 2016 n. 168), la riforma sancisce il definitivo approdo a tecniche motivazionali differenziate, prevedendo una diversa tipologia di rito e di provvedimento in base alla funzione del *decisum* di ultima istanza. Laddove i ricorsi implicino l'esercizio della sola funzione di controllo di legalità della sentenza impugnata (c.d. *ius litigatoris*), il nuovo art. 375 c.p.c. statuisce che la decisione sia presa, all'esito della trattazione in camera di consiglio, con ordinanza succintamente motivata. Qualora, invece, la Corte sia chiamata anche all'esercizio della funzione di indirizzo giurisprudenziale (c.d. tutela dello *ius constitutionis*), il ricorso sarà trattato in pubblica udienza e la decisione avrà la forma di sentenza. Sulla riforma, v. PANZAROLA, *La cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, cit.

[60] In *Foro it.*, 2011, p.183.

[61] Sulla opportunità che lo stile della motivazione sia calibrato sulla maggiore o minore valenza nomofilattica, e quindi tenendo conto della platea di destinatari della pronuncia, v. RORDORF, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in CONTE, DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018, pp. 45-58.

ze di legittimità, si ridefinisce la forma della motivazione sulla base del contenuto del provvedimento e dei suoi destinatari.

Antecedente alla riforma del giudizio di cassazione, anche il decreto n. 136, emanato il 14 Settembre 2016, dal Presidente della Corte di Cassazione Giuseppe Canzio. Il documento, specificatamente riferito alla sinteticità e chiarezza delle motivazioni dei provvedimenti civili,^[62] è finalizzato ad adottare modalità redazionali strumentali alla riduzione dei tempi di definizione delle controversie.

Le premesse da cui muove il decreto, riguardano la consapevolezza della differente qualità del contenzioso pendente: molti dei procedimenti non richiedono l'intervento nomofilattico della Corte. Pertanto, pur giungendo ad individuare prassi più snelle per le controversie in cui la corte non sia chiamata a svolgere la funzione nomofilattica, si sottolinea la necessità che *tutti* i provvedimenti rispettino i canoni di chiarezza e sinteticità. Quattro i punti essenziali attraverso i quali viene descritta la sentenza "modello": (a) chiarezza ed essenzialità, (b) stretta funzionalità dell'*iter* argomentativo alla decisione, (c) assenza di motivazioni subordinate, *obiterdicta* e di ogni enunciazione che vada oltre ciò che è indispensabile per la decisione, (d) puntualità dei richiami ai precedenti di legittimità. Il Presidente anticipa la futura elaborazione e adozione di moduli, con l'ausilio del CED^[63], per la decisione di questioni su cui la Corte presenta un orientamento giurisprudenziale consolidato, da adottare ogni qualvolta ritenga di non discostarsene. Si invitano i Presidenti di sezione a curare la predisposizione e diffusione di "provvedimenti – tipo", nonché gli organi competenti a dare avvio alla fase sperimentale dell'uso dei moduli informativi. Infine, il riferimento alla valutazione professionale del magistrato, da parametrare anche alla tecnica redazionale delle motivazioni, sembra procedere in direzione di premiare la sobrietà.

Pur proponendo tecniche motivazionali calibrate allo scopo della sentenza, come previsto dal Provvedimento del 2011, il decreto del 2016 presenta un notevole passo in avanti: si prende atto della necessità che le sentenze siano *in ogni caso* sintetiche e chiare e, segnatamente, *diffe-*

renziate a seconda del grado di complessità delle questioni trattate.

5. Conclusioni

Abbiamo osservato, inizialmente, come procedere nella direzione di rendere effettivo il principio di sinteticità e la chiarezza – anche al fine di accelerare i processi – sia un *iter* che non deve andare a discapito delle garanzie costituzionali. Giunti al termine del percorso, non possiamo che considerare come le scelte affrettate, dettate anche dall'urgenza del sovraccarico dei ruoli giudiziari, rischiano di dar vita a riforme scarsamente significative per la riduzione dei tempi del contenzioso. È necessario, pertanto, il recupero di una visione d'insieme, che consideri il processo nella sua integrità, quale fenomeno le cui caratteristiche riflettono tanto l'attività del giudice, quanto quella delle parti.

Significative ed estremamente attuali ci sembrano, dunque, le parole spese dal magistrato Borrè nel 1988, in occasione della risoluzione del CSM sulla legge Vassalli, da cui ebbe origine la [L. 353/1990](#):

«Il giudice non si trova di fronte il risultato di una sua attività preparatoria, ma qualcosa che si è affastellato disordinatamente e perfino casualmente. Quando il giudice è investito di seri poteri direttivi e realmente li esercita; quando egli è coinvolto insieme alle parti in un comune contraddittorio che mira a sfrondare l'inutile e ad identificare, in fatto e in diritto, il vero «nocciolo» della contesa; quando i fascicoli, non invasi dalle profluvie della trattazione scritta, rimangono oggetti leggibili e non degradano a inaffrontabili monumenti di archeologia; quando la prova orale, assunta unitariamente e contestualmente, è appena esaurita nel momento in cui il giudice decide e i risultati di essa sono vivissimi nel ricordo e nella coscienza di tutti i presenti; quando si verificano tali condizioni, non è impensabile che il giudice sia in grado non solo di pronunciare il dispositivo, ma anche di corredarlo di una motivazione, succinta come la vuole la legge. [...] Il problema del «collo di bottiglia» della decisione (o meglio: dell'autonoma e paludata scrittura del documento-sentenza), che è una delle cause principali della crisi della giustizia civile, sarebbe per tal via alleggerito.»^[64]

[62] Il decreto presidenziale n. 68 del 28 aprile 2016, si era invece occupato della motivazione semplificata in ambito penale.

[63] Il Centro Elettronico di Documentazione è una struttura autonoma, alle dirette dipendenze della Prima Presidenza, per fornire i servizi informatici alla Corte di Cassazione.

[64] Risoluzione disponibile in *Foro it.*, 1988, p. 249 ss.

RIFORMA DELL'AZIONE DI CLASSE

La riforma dell'azione di classe e l'eliminazione dei limiti soggettivi e oggettivi

di Giacomo Pailli e Duccio Romei [1]

DEL 4 LUGLIO 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Limiti soggettivi ed oggettivi dell'azione di classe nell'art. 140-bis del Codice del consumo
3. Limiti soggettivi ed oggettivi dell'azione di classe nel nuovo titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile
4. Brevi riflessioni
5. Bibliografia

1. Introduzione

L'azione di classe, com'è noto, è un istituto processuale che consente di gestire contenziosi soggettivamente complessi e dalla natura seriale, aggregando attorno ad un unico attore tutti coloro che si considerano danneggiati in modo simile da un medesimo convenuto.[2] In

Italia l'istituto è stato introdotto per la prima volta nel 2009 con l'art. 140-bis del codice del consumo (D.lgs. 206/2005) con l'obiettivo di fornire tutela risarcitoria a consumatori ed utenti in alcune ipotesi tassativamente previste dalla legge.[3] Dopo circa dieci anni di funzionamento, che ne hanno mostrato anche alcuni impor-

[1] Pur trattandosi di un contributo collegiale, le sez. 1 e 3 sono attribuibili a Duccio Romei e le sez. 2 e 4 a Giacomo Pailli.

[2] Sul tema in generale v., nell'ampia letteratura disponibile, AA. VV. - *"Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia"*, Giuffrè, Milano, 2010; L. Mezzasoma e F. Rizzo (cur.) - *"L'art. 140 bis del codice del consumo. L'azione di classe"*, ESI Napoli, 2011; Consolo C. e Zuffi B. - *"L'azione di classe ex art 140 bis cod. cons. Lineamenti processuali"*, Cedam, Padova, 2012; V. Vigoriti e G. Conte (cur.) - *"Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti"*, Giappichelli, Torino, 2010; R. Donzelli - *"L'azione di classe a tutela dei consumatori"*, Jovene, Napoli, 2011; A. Giussani - *"Studi sulle class actions"*, CEDAM, Padova, 1996; Id., *"Azioni collettive risarcitorie nel processo civile"*, il Mulino, Bologna, 2008; A. Palmieri - *"La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi"*, Torino, Giappichelli, 2011.; N. Trocker, *"Class actions negli USA - e in Europa?"*, Contratto e impresa/Europa, 2009, p. 178.

Coglie bene lo spirito dell'azione prevista dall'art. 140 cod. cons. la Corte d'appello di Milano, ord. 3 maggio 2011, FI, 2011, I, 3435: «Con l'azione di classe – che si aggiunge alle azioni individuali che già spettano ai singoli consumatori od utenti – il legislatore ha inteso raggiungere tre obiettivi: consentire l'accesso alla giustizia ai consumatori e quindi la riparazione dei danni provocati da illeciti di massa, colpire gli illeciti e quindi costituire un deterrente, realizzare l'economia processuale garantita dalla gestione in un solo giudizio di una molteplicità di pretese individuali omogenee o seriali.»

[3] La prima versione dell'art. 140-bis c. cons. era stata introdotta con l. 24.12. 2007, n. 244, art. 2, 446° co., sotto la rubrica di "azione collettiva risarcitoria". Si trattava di un'azione che, senza alterare l'equilibrio del Codice del consumo, conferiva alle associazioni dei consumatori, e non anche ai singoli consumatori, la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno subito dai consumatori stessi nei confronti di un'impresa danneggiante, in perfetto parallelo rispetto allo schema già previsto dall'art. 140 c. cons. per l'azione inibitoria.

L'azione collettiva risarcitoria nella versione del 2007 non è mai entrata in vigore. Durante la *vacatio legis*, infatti, il testo dell'art. 140-bis è stato oggetto di una modifica radicale ad opera della l. 23 luglio 2009, n. 99, art. 49, la quale ha trasformato l'azione collettiva nell'odierna "azione di classe". Il profondo intervento operato nel 2009 non ha semplicemente rinnovato la rubrica dell'articolo, ma ha rivoluzionato l'istituto in parola conferendo la legittimazione ad agire al consumatore individuale e costituendo un'azione del tutto "nuova" nel panorama processualistico italiano. Il testo dell'art. 140-bis è stato da ultimo modificato con d.l. 24.01.2012, n. 1, art. 6, convertito con mod. l. 24.03.2012, n. 27, il quale ha accolto alcune delle osservazioni avanzate dalla dottrina e dalla prima giurisprudenza di merito.

tanti limiti.^[4] l'azione di classe è destinata a subire profonde modifiche per effetto della [legge 12 aprile 2019, n. 31](#). Con la dichiarata finalità di potenziare il ricorso a tale strumento di tutela, la legge di riforma ha previsto il trasferimento della disciplina dal codice del consumo al codice di procedura civile in un nuovo titolo VIII-bis del libro quarto. Alla razionalizzazione a livello sistematico, corrisponde anche l'eliminazione di una parte dei limiti soggettivi ed oggettivi che caratterizzano l'azione prevista dall'[art. 140-bis cod. cons.](#)

Come è ormai prassi, l'[art. 7, 2° comma, l. 31/2019](#), prevede la possibilità di utilizzare la nuova azione di classe solo per “condotte illecite” poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore della legge (19 aprile 2020), mentre per quelle precedenti continua a trovare applicazione la vigente disciplina dell'[art. 140-bis cod. cons.](#) (che verrà poi abrogato).

Le pagine che seguono si propongono il fine di offrire alcune riflessioni sull'ampiamiento dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dell'istituto previsto dalla riforma. Per un corretto inquadramento, converrà anteporre una breve ricostruzione della disciplina come vigente nell'[art. 140-bis cod. cons.](#)

2. Limiti soggettivi ed oggettivi dell'azione di classe nell'[art. 140-bis del Codice del consumo](#)

La collocazione dell'[art. 140-bis nel codice del consumo](#), nonché la stessa lettera della disposizione, ben chiariscono che l'istituto introdotto nel 2009 è stato pensato per la tutela dei diritti individuali omogenei dei soli “*consumatori e degli utenti*”. La nozione di “consumatore” è un to-

pos ormai saldamente acquisito nel diritto europeo ed interno e fa riferimento alla persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.^[5] La nozione di “utente”, invece, richiama coloro che si servono di un servizio pubblico, risultando influente la motivazione di tale ricorso.^[6] L'[art. 140-bis](#) conferisce la legittimazione a proporre l'azione di classe oltre che “*a ciascun componente della classe*” anche ad “*associazioni cui [il componente] dà mandato o comitati cui partecipa*”: ciò ha generato vari interrogativi in dottrina, ove ci si è chiesti, in particolare, se tale ipotesi di legittimazione attiva potesse costituire un'eccezione all'[art. 77 c.p.c.](#), il quale prevede che la rappresentanza processuale non possa essere disgiunta da quella sostanziale.^[7] La questione è stata risolta dalla giurisprudenza di merito, la quale ha sancito la non necessaria coincidenza della rappresentanza processuale con la rappresentanza sostanziale ai fini dell'ammissibilità dell'azione di classe.^[8] A differenza della [legge n. 31/2019](#), per l'esercizio dell'azione ex [art. 140-bis](#) da parte associazioni e comitati non erano richiesti particolari requisiti in ordine alla natura o composizione dell'ente, né era richiesta l'iscrizione nell'elenco ministeriale di cui all'[art. 137 cod. cons.](#)

In merito al legittimato passivo dell'azione di classe, l'[art. 140-bis](#) si discosta dalla tipica figura del “professionista”, facendo un ambiguo riferimento a tre nozioni diverse: “impresa” ([art. 140-bis, co. 2, lett. “a”](#); [co. 4 e co. 14](#)), “produttore” ([art. 140-bis, co. 2, lett. “b”](#)) e “gestore dei servizi pubblici o di pubblica utilità” ([art. 140-bis, co. 12](#)). Per quanto riguarda, in particolare, il concetto di “im-

[4] Sia permesso di far riferimento allo scritto di C. Poncibò, Pailli G. - “*Legal Culture and Judicial Collective Redress: the Italian Experience*”, ZZPInt, 21 (2016), pp. 31-55.

[5] Cfr. [art. 3\(a\) del codice consumo](#) che riproduce la definizione contenuta nei vari regolamenti e direttive europei che popolano l'area della tutela del consumatore. In ambito europeo (e dunque anche interno) vi è ormai una marcata tendenza ad estendere tale qualificazione, ed il connesso regime protettivo, anche alle micro-imprese, v. G. De Cristofaro - “*Pratiche commerciali scorrette e “microimprese”*”, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014, 1, pp. 3ss. A livello giurisprudenziale si segnalano, tra le tante, da un lato Trib. Torino, 4 giugno 2010, che ha riconosciuto la qualifica di consumatore al professionista che, in qualità di titolare di conto corrente, aveva eseguito operazioni solo marginalmente connesse alla sua professione; e dall'altro Trib. Firenze, ord. 10 marzo 2014 e App. Firenze, ord. 15 luglio 2014, che hanno, invece, negato tale qualifica al piccolo azionista di un istituto di credito. Secondo Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, NGCC, 2011, 502: «Al fine di qualificare la posizione soggettiva di consumatore, protetta dall'[art. 140 bis cod. cons.](#), non basta il dato obiettivo del puro e semplice «acquisto», ma occorre verificare che la finalità, concretamente perseguita attraverso tale acquisto, sia estranea all'attività professionale dell'acquirente».

[6] Cfr. Trib. Torino, ord. 31 ottobre 2011, <http://databasearc.osservatorioantitrust.eu>.

[7] Cfr. App. Torino (23 settembre 2011, FI, 2011, 12, I, 3422). La stessa Corte ha risolto un'altra questione di natura processuale, sancendo che, stante la normale assenza di rappresentanza sostanziale, l'associazione “mandataria” può stare in giudizio anche contestualmente ai consumatori “mandanti”. V. anche Donzelli, cit, p. 58.

[8] App. Torino, 23 settembre 2011.

presa” di cui all’art. 140-bis co. 2 lett. “a” (e anche “c”) cod. cons., in giurisprudenza è stato precisato che il riferimento non deve essere ancorato esclusivamente alla figura dell’imprenditore di cui all’art. 2082 c.c. bensì ampliato alla nozione di “professionista” di matrice europea: “lo svolgimento di un’attività con criteri di economicità nell’ambito della quale è da includere, da un lato, l’attività connessa alle professioni intellettuali, tradizionalmente esclusa dal novero delle attività di impresa, e, dall’altro, l’attività svolta dai soggetti pubblici (...)”.[9] Più controverso risulta, invece, il concetto di “produttore”. Benché l’art. 3 co. 1 lett. “d” cod. cons. fornisca una nozione generale di “produttore”,[10] alcune decisioni hanno sostenuto come, ai fini della definizione dell’ambito applicativo di cui all’art. 140-bis co. 2 lett. “b”, il riferimento debba intendersi all’art. 115 cod. cons. che prevede una nozione dettata con specifico riferimento alla responsabilità per danno da prodotti difettosi.[11] Dal punto di vista dell’ambito oggettivo, si è già detto, l’art. 140-bis cod. cons. è stato pensato *ab origine* come uno strumento processuale per la protezione solo di alcuni diritti soggettivi selezionati. Oltre al criterio di “omogeneità” dei diritti,[12] sul quale non intendiamo soffermarci nel presente scritto, il comma secondo tipizza le posizioni soggettive che possono essere tutelate attraverso l’azione di classe consumeristica: (a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; (b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; (c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o

da comportamenti anticoncorrenziali. In termini sintetici, mentre la prima ipotesi – lett. (a) – è da ricondurre alle fattispecie lesive di natura contrattuale ed è ispirata ad un principio di atipicità,[13] le altre due – lett. (b) e (c) – tipizzano alcune condotte che si collocano entro l’ambito extracontrattuale.

3. Limiti soggettivi ed oggettivi dell’azione di classe nel nuovo titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile

Così come precisato nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge per la riforma dell’azione di classe alla Camera dei Deputati, quest’ultima «interviene [...] con la finalità di potenziare lo strumento allargandone il campo di applicazione sia dal punto di vista soggettivo [...] sia dal punto di vista oggettivo». Coerentemente vengono meno alcuni dei limiti soggettivi (attivi) ed oggettivi, in favore di una formulazione ampia che fa dell’azione di classe un istituto di applicazione generale, benché sottoposto alla verifica del requisito della omogeneità delle posizioni soggettive dedotte (ossia ciò che negli USA va sotto l’etichetta di *commonality*): «I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l’azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo» (art. 840-bis, c.p.c.).

Dunque, l’azione di classe non è più dedicata ai soli “consumatori ed utenti”, ma ad ogni classe di soggetti che vantino pretese omogenee nei confronti di uno stesso convenuto (e, forse, anche di più convenuti in concerto tra loro). La mente qui va subito, ad esempio, al noto cartello dei produttori europei di camion che, in base a quanto stabilito dalla Commissione UE, hanno violato le regole sulla concorrenza negli anni 1997-2011.[14] Un tale illecito anti-concorrenziale non è azionabile con il procedimento ex art. 140-bis cod. cons.: benché rientri a pieno di-

[9] Trib. Roma, ord. 27 aprile 2012, www.sviluppoeconomico.gov.it.

[10] Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, GI, 2011, 1860; FI, 2011, I, 617; Resp. Civ. Prev., 2011, 1096; GM, 2011, 1789; NGCC, 2011, 502; GDir, 2011, n. 21, 17.

[11] App. Firenze, ord. 27 dicembre 2011. Vedere anche Febbrajo T. – “Art. 140 bis e danno da prodotto”, in L. Mezzasoma e F. Rizzo (cur.) – “L’art. 140 bis del codice del consumo. L’azione di classe”, 2011, ESI Napoli, 69-90, p. 84.

[12] L’art. 140-bis, co. 1, precisa che l’azione di classe può avere ad oggetto esclusivamente “diritti individuali omogenei [...] nonché gli interessi collettivi”, concetto che attiene all’esistenza di nuclei comuni di accertamento in fatto e in diritto delle situazioni soggettive che formano l’oggetto dell’azione, ovverosia quei diritti la cui violazione sia il risultato di un unico evento che abbia prodotto danni di natura seriale (Pagni I. – “La nuova disciplina dell’azione di classe e della inhibitoria collettiva”, camera.it, settembre 2018, p. 2).

[13] Ciò non ha impedito alla Corte di Appello di Firenze nel 2012, di escludere l’ammissibilità di un’azione di classe in materia di Tariffa di Igiene Ambientale (TIA) proposta ex art. 140-bis co. 2 lett. “a”, in quanto la relazione tra gli utenti ed il concessionario fiorentino non dipendeva da una scelta negoziale operata tra le parti, ma era imposta dalla legge. App. Firenze, 27 dicembre 2012.

[14] V. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2582_en.htm e http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3502_it.htm

ritto nella lettera (c) dell'art. 140-bis cod. cons., vi fa difetto il requisito del "consumatore" giacché danneggiati dal cartello sono state quasi esclusivamente imprese commerciali. La nuova norma permette, invece, di ricomprendere nell'attività di *enforcement* spiegata attraverso l'azione di classe anche questo tipo di fattispecie, salvo il criterio *ratione temporis* che limita il nuovo procedimento alle condotte successive all'entrata in vigore della legge. È quindi evidente la portata assai espansiva dell'art. 840-bis c.p.c. in tal senso.

In realtà non cadono tutti i limiti, poiché le nuove norme pongono ancora dei requisiti, alcuni dei quali di nuova introduzione. Il più rilevante riguarda gli enti esponenziali che, in aggiunta a «ciascun componente della classe», sono legittimati a farsi parte attiva dell'azione di classe. Laddove l'art. 140-bis cod. cons. faceva riferimento generico a «associazioni cui [il consumatore] dà mandato o comitati cui partecipa», la legge di riforma adotta un modello differente. Scompare ogni riferimento al "mandato" conferito dai componenti della classe a favore dell'associazione/comitato, che quindi è libera di selezionare i casi che intende proporre, ma viene ristretta la legittimazione solo ad enti qualificati. L'art. 840-bis co. 2, c.p.c. infatti, consente di intraprendere l'azione solo a «un'organizzazione o un'associazione» che rispetti tre requisiti: (1) non abbia scopo di lucro, (2) includa la tutela dei diritti dei componenti della classe fra gli obiettivi del proprio statuto, e (3) sia iscritta nell'elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 196-ter disp. att. c.p.c. (disposizione introdotta dalla nuova legge), cosa che presuppone la verifica governativa delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti azionati, della stabilità e continuità nonché delle fonti di finanziamento dell'organizzazione/associazione. Come giustamente rilevato, poi, permane il quesito già affrontato nella vigenza dell'art. 140-bis cod. cons. per stabilire se le organizzazioni/associazioni agiscano in virtù di una legittimazione ordinaria, oppure sostitutiva ex art. 81 c.p.c., o se ancora sia in presenza di un fenomeno di rappresentanza ex art. 77 c.p.c.; questioni che rilevano al fine di stabilire quali siano i poteri processuali concretamente spendibili da parte degli enti rappresentativi.^[15] L'am-

pliamento soggettivo, peraltro, riguarda solo il lato attivo dell'azione di classe, giacché legittimati passivi possono essere solo "imprese" ed "enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità".^[16] Scompare il riferimento al "produttore", che prima era giustificato in ragione della limitazione oggettiva nel campo extra-contrattuale alle azioni di responsabilità per prodotto difettoso (art. 140-bis, 2° co., lett. b) che però sarà agevolmente ricompreso nella più ampia definizione di impresa.

Dal punto di vista dell'ambito di applicazione *ratione materiae*, il nuovo procedimento ex art. 840-bis c.p.c. può essere utilizzato «per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni», formula che apparentemente conferisce atipicità all'azione di classe codicistica. In realtà la scelta lessicale adottata dai redattori lascia dubbi interpretativi, facendo un riferimento espresso – che manca in altri istituti processuali previsti dal codice di rito – al contenuto della domanda che deve prevedere, da un lato «l'accertamento della responsabilità» della impresa o dell'ente gestore di pubblico servizio «relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività»; dall'altro chiedere la «condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni», restando apparentemente fuori dallo schema dell'azione ogni altro contenuto della domanda quali, per citarne due, l'adempimento contrattuale o la tutela inibitoria. Crediamo che tali punti non mancheranno di impegnare dottrina e giurisprudenza, nella scelta ermeneutica se dare un'interpretazione rigorosa di tale limitazione, o conferire alla disciplina una portata espansiva in linea con quello che appare essere lo scopo in generale della l. 31/2019.

Sempre dal punto di vista oggettivo, scompare nel nuovo schema il riferimento agli "interessi collettivi" contenuto nell'art. 140-bis cod. cons., cosa che porta a domandarsi che tipo di diritto individuale omogeneo possa essere fatto valere in giudizio qualora promotrice dell'azione sia un'organizzazione/associazione: poiché l'azione di classe non appare (più) volta alla tutela di interessi collettivi, ogni persona giuridica promotrice sarebbe obbligata ad individuare – già nell'atto introduttivo – il soggetto titolare del diritto soggettivo individuale omogeneo a tute-

[15] Pagni, cit, p. 2.

[16] A differenza della Rule 23 delle Federal Rule of Civil Procedure, secondo le quali l'azione di classe può essere tale anche dal lato passivo: «One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members». Ovviamente, nella maggioranza dei casi la classe riguarda il lato attivo.

la del quale è promossa l'azione, a pena di inammissibilità della domanda.[17]

4. Brevi riflessioni

Sebbene l'art. 24 della Costituzione italiana enunci come principio generale il diritto di ogni individuo di agire in giudizio a tutela dei propri diritti, appare ormai chiara la consapevolezza, a livello interno ed europeo, che il semplice accesso individuale al giudice naturale e precostituito per legge (art. 25, 1° co., Cost.) non è sufficiente a garantire la tutela di ogni diritto a fronte di qualsiasi lesione. Come afferma Michele Taruffo: «*Non pare dubbio che in una società che è da tempo «di massa» sotto molti aspetti, la disponibilità di una tutela collettiva efficace sia una condizione essenziale per la attuazione effettiva della garanzia dell'accesso alla protezione giurisdizionale dei diritti enunciata nel comma 1° dell'art. 24 cost.*».[18] In tale affermazione risuona quanto affermava Mauro Cappelletti già negli anni '70, ossia la necessità, prodotta dalle trasformazioni sociali e dalla massificazione e serializzazione dei rapporti, di concepire il diritto d'azione (e il c.d. *due process*) non più in chiave esclusivamente individuale, ma – talvolta – necessariamente collettiva.[19] Il profilo pratico e non dogmatico che una tale impostazione pare privilegiare è in qualche modo confortato dalla centralità che il principio di effettività ed il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo hanno acquisito nel diritto europeo e nell'opera della Corte di Strasburgo.[20] Scegliendo opportunamente di non appiattirsi sull'omologo nordamericano, un modello che del resto non ha mai sedotto le assemblee legislative europee, il nostro Legislatore continua ad esplorare i confini del diritto processuale per elaborare una via italiana alla tutela collettiva.

I dieci anni appena trascorsi hanno certamente tradito le aspettative di chi vedeva nell'art 140-bis cod. cons. l'inizio di una rivoluzione, pur con la notevole eccezione delle tre azioni di classe promosse da Altroconsumo in materia di consumi[21] e *dieselgate*[22]. La rigida interpretazione data da alcuni tribunali, solo in parte attenuata dalla sensibilità al nuovo istituto mostrata dai giudici d'appello, e la difficoltà di raccogliere adesioni alla classe, assieme ai costi elevati, non ultimo quelli legati alla pubblicità, nonché i limiti intrinseci del dettato normativo, avevano finito per rendere l'azione di classe un procedimento dal sapore esotico ma con un impatto certamente marginale nel panorama giudiziario italiano, mancando l'obiettivo di fornire una tutela collettiva ed efficace ai consumatori.

Era, dunque, senz'altro opportuno che il Legislatore intervenisse sul testo normativo per dare nuova linfa ad un istituto che può assumere importanza centrale nell'assetto della società e nell'attuazione del diritto sia in chiave di compensazione del danno che di deterrenza e c.d. *private enforcement*. [23] Tra le numerose ed interessanti modifiche che la l. 31/2019 introduce, ci pare che l'ampliamento dei confini soggettivi ed oggettivi previsto dall'art. 840-bis c.p.c. conferisca sempre più all'istituto in parola il carattere di una vera e propria nuova forma atipica di tutela, ossia un procedimento per gestire contenziosi seriali e soggettivamente complessi. Si tratta di una novità che va salutata con approvazione. La tecnica legislativa non è sempre ineccepibile e residuano margini di incertezza applicativa, ma tra le luci e le ombre della nuova disciplina preferiamo dar risalto alle prime, con il consueto auspicio che giudici e avvocati, chiamati ad essere i veri protagonisti del nuovo strumento, sappiano ben interpretare lo spirito e la *ratio* stessa dell'istituto, in sforzi di collaborazio-

[17] Consolo C., Stella M. - “La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere”, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 59, 2018, p. 3.

[18] Taruffo M. - “La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali”, 2011, *RTDPC* 103-123, p. 106.

[19] M. Cappelletti - “*Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution*”, 25 *Buff. L. Rev.* 643 (1975-76), p. 684, il quale avvertiva anche che “this is not to say that individual rights no longer have a vital place in our societies; rather, it is to suggest that these rights are practically meaningless in today's setting unless accompanied by the social rights necessary to make them effective and really accessible to all”, *Id.* a p. 646.

[20] Sul tema v. *amplius* N. Trocker, “La formazione del diritto processuale europeo”, Giappichelli, Torino, 2011.

[21] V. App. Torino, 17.11.2015, Altroconsumo v. FCA (2016) I Foro it., 1017; Trib. Venezia, 12.01.2016, *Vighenzi v. Volkswagen*, entrambe con più di diecimila adesioni.

[22] V. <https://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/altroconsumo-contro-volkswagen> ove l'associazione promotrice riferisce di aver raccolto ben 76.000 adesioni all'azione di classe contro Volkswagen nell'ambito del *diesel-gate*.

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

ne tanto più necessari quanto arduo, ma fondamentale, è il cammino verso un'efficace e matura azione di classe.

5. Bibliografia

AA. VV. - *"Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia"*, 2010, Giuffrè, Milano;

Burbank S. – S. Farhang – H. Kritzer, *"Private enforcement of statutory and administrative law in the United States"*, Int'l Lis, 2011, 3-4, 153 ss

Buxbaum H., *"The Private Attorney General in a Global Age: Public Interest in Private International Antitrust Litigation"*, Y. L. J. XXVI, 2001, p. 219

Cappelletti M. - *"Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution"*, 25 Buff. L. Rev. 643 (1975-76);

Consolo C., Zuffi B. - *"L'azione di classe ex art 140 bis cod. cons. Lineamenti processuali"*, 2012, Cedam, Padova;

Consolo C., Stella M. - *"La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere"*, 2018, in Riv. dir. banc, dirittobancario.it, 59;

De Cristofaro G. - *"Pratiche commerciali scorrette e "microimprese"*, 2014, in Le Nuove leggi civili commentate, 1, pp. 3ss.

Donzelli R. - *"L'azione di classe a tutela dei consumatori"*, 2011, Jovene, Napoli;

Febbrajo T. - *"Art. 140 bis e danno da prodotto"*, in L. Mezzasoma e F. Rizzo (cur.), *"L'art. 140 bis del codice*

del consumo. L'azione di classe", 2011, ESI Napoli, 69-90;

Giussani A. - *"Studi sulle class actions"*, 1996, CEDAM, Padova;

"Azioni collettive risarcitorie nel processo civile", 2008, il Mulino, Bologna;

Mezzasoma L., Rizzo F. (cur.) - *"L'art. 140 bis del codice del consumo. L'azione di classe"*, 2011, ESI Napoli;

Pagni I. - *"La nuova disciplina dell'azione di classe e della inibitoria collettiva"*, camera.it, settembre 2018;

Palmieri A. - *"La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi"*, 2011, Giappichelli, Torino;

Poncibò C., Pailli G. - *"Legal Culture and Judicial Collective Redress: the Italian Experience"*, 2016, ZZPInt, 21, pp. 31-55;

Taruffo M. - *"La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali"*, 2011, RTDPC 103-123;

Trocker N. - *"Class actions negli USA – e in Europa?"*, Contratto e impresa/Europa, 2009, p. 178;

"La formazione del diritto processuale europeo", Giappichelli, Torino, 2011

Vigoriti V., Conte G. - *"Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti"*, 2010, Giappichelli, Torino, 27-116;

ALTRI DOCUMENTI: Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 844 e n. 583 - *"Disposizioni in materia di azione di classe"*, novembre 2018, n. 80; Camera dei Deputati – Proposta di legge: *"Disposizioni in materia di azione di classe"*, n. 791-A.

NOTIFICAZIONE E SCISSIONE DEGLI EFFETTI

Applicabilità della scissione degli effetti tra notificante e destinatario nell'ipotesi di notifica dell'atto interruttivo della prescrizione

di Alessio Antonelli

DELL'8 LUGLIO 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Inquadramento di carattere normativo
3. Il caso sottoposto all'attenzione della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione
4. La soluzione adottata dalla Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione con la sentenza 13 maggio 2019 n. 12551

1. Introduzione

In relazione alla notificazione degli atti giudiziari e, in particolare, alla questione attinente al perfezionamento dei relativi effetti tanto per il notificante, quanto per il destinatario, il fondamento della scissione fra i due momenti si rinviene nell'articolo 149 c.p.c., per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 477 del 26 novembre 2002^[1], – nonché nella Legge 20 novembre 1982, n. 890. Alla luce dei principi espressi dalle citate disposizioni normative si è posta la questione – risolta dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 12551/2019 - se tale scissione degli effetti della notificazione sia applicabile anche alle ipotesi in cui ad essere oggetto di notifica sia un atto interruttivo della prescrizione.

2. Inquadramento di carattere normativo

Al fine di poter collocare in maniera esaustiva la problematica, occorre brevemente esaminare quali sono le norme che, all'interno del nostro ordinamento, si occupano di disciplinare perfezionamento e relativi effetti della notifica.

In questo contesto, viene immediatamente in rilievo la Legge 20 novembre 1982, n. 890, disciplinante “**Notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari**”.

Di particolare interesse, per l'argomento di cui si tratta, è l'art. 4 di tale Legge, a norma del quale “*L'avviso di ricevimento del piego raccomandato, completato in ogni sua parte e recante la data dello stesso giorno di consegna, è spedito in raccomandazione all'indirizzo già predisposto dall'ufficiale giudiziario.*”

L'avviso di ricevimento può essere trasmesso per telegrafo o in via telematica, quando l'autorità giudiziaria o la parte interessata alla notificazione dell'atto ne faccia richiesta, purché il mittente anticipi la spesa oltre il pagamento della tassa normale. Il telegramma deve essere spedito a cura dell'agente postale e contenere le generalità del destinatario o della persona abilitata che ha ricevuto il piego con l'indicazione della relativa qualifica, i quali, all'atto della consegna del piego, debbono firmare il relativo registro.

L'avviso di ricevimento costituisce prova dell'eseguita noti-

^[1] Si legge nella pronuncia della Corte Costituzionale che “*gli effetti della notificazione a mezzo posta devono, dunque, essere ricollegati – per quanto riguarda il notificante – al solo compimento delle formalità a lui direttamente imposte dalla legge, ossia alla consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario, essendo la successiva attività di quest'ultimo e dei suoi ausiliari (quale appunto l'agente postale) sottratta in toto al controllo ed alla sfera di disponibilità del notificante medesimo. Resta naturalmente fermo, per il destinatario, il principio del perfezionamento della notificazione solo alla data di ricezione dell'atto, attestata dall'avviso di ricevimento, con la conseguente decorrenza da quella stessa data di qualsiasi termine imposto al destinatario medesimo*”.

ficazione, fermi restando gli effetti di quest'ultima per il notificante al compimento delle formalità a lui direttamente imposte dalle vigenti disposizioni.

I termini, che decorrono dalla notificazione eseguita per posta, si computano dalla data di consegna del piego risultante dall'avviso di ricevimento e se la data non risulti, ovvero sia comunque incerta, da quanto attestato sull'avviso medesimo dal punto di accettazione dell'operatore postale che lo restituisce".

Come noto, in relazione al [terzo comma dell'art. 4 Legge 20 novembre 1982, n. 890](#) è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui detta disposizione fa decorrere gli effetti della notifica dalla data della consegna del plico al destinatario, anziché dalla data della spedizione [2].

La stessa Suprema Corte, nel medesimo procedimento, ha altresì sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 149 c.p.c. - con riferimento a quella che era la vecchia formulazione di tale norma - secondo cui anche per il mittente la notificazione era da considerarsi perfezionata nel momento in cui il destinatario riceveva l'atto. I ragioni dell'intervenuta pronuncia di illegittimità costi-

tuzionale delle predette disposizioni normative, prevede oggi l'art. 149 c.p.c., rubricato "**Notificazione a mezzo del servizio postale**" che "*Se non è fatto espresso divieto dalla legge, la notificazione può eseguirsi anche a mezzo del servizio postale*".

In tal caso l'ufficiale giudiziario scrive la relazione di notificazione sull'originale e sulla copia dell'atto, facendovi menzione dell'ufficio postale per mezzo del quale spedisce la copia al destinatario in piego raccomandato con avviso di ricevimento. Quest'ultimo è allegato all'originale.

La notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto"[3].

La notifica si considera quindi perfezionata, per il notificante, al momento della consegna del piego, quale risulta dalla data indicata sull'avviso di ricevimento e, se la data non risulta o se è comunque incerta, dal timbro apposto sull'avviso medesimo. Solo quest'ultimo documento è pertanto idoneo a fornire la prova dell'eseguita notificazione, della data in cui è avvenuta e della persona cui il piego è stato consegnato.

[2] Dall'ordinanza della Corte di Cassazione depositata il 2 febbraio 2002 con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale si evince che l'art. 4, comma terzo, della Legge n. 890 del 1982, nel disporre che "*l'avviso di ricevimento costituisce prova dell'eseguita notificazione*", non lascerebbe spazi interpretativi e non consentirebbe, dunque, soluzioni ermeneutiche diverse da quella, costituente diritto vivente, secondo la quale gli effetti della notificazione a mezzo posta si produrrebbero, anche per il notificante, solo con la consegna del plico al destinatario da parte dell'agente postale.

[3] La cosiddetta "scissione soggettiva" degli effetti della notificazione - ora ricondotta sotto l'egida del diritto alla difesa, ora ascritta al principio di ragionevolezza, o motivata nell'ottica dell'auto-responsabilità del notificante - è un dato ormai acquisito della dottrina del processo civile.

Sul tema, agli ormai noti commenti alla sentenza n. 477/2002 della Corte Costituzionale (Caponi, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*, in Foro it., 2003, I, pag. 13 ss.; Dalmotto, *La Corte manipola la norma sul perfezionamento della notifica postale: vecchie alternative e nuovi problemi*, in Giur. it., 2003, I, pag. 1549; Simonetti, *Il perfezionamento delle notificazioni a mezzo posta tra Costituzione e «diritto vivente»: ovvero la Cassazione suona (sempre) due volte alle porte della Consulta*, ibidem, I, pag. 627 ss.), si aggiungono i successivi contributi di Caponi, *Svolta delle Sezioni Unite nella disciplina della notificazione ex art. 140 c.p.c.*, in Foro it., 2005, pag. 699 ss.; Carbone-Vicario, *Omessa esibizione della cartolina postale di ricezione della notifica del ricorso*, in Giorn. dir. amm., 2011, 11, pag. 1197 ss.; Cissello, *Gli effetti della mancata produzione dell'avviso di ricevimento nelle notifiche a mezzo posta*, in Fisco, 2009, I, pag. 692 ss.; Conte, *Diritto di difesa ed oneri della notifica, l'incostituzionalità degli artt. 149 c.p.c. e 4, comma 3, L. 890/82: una «rivoluzione copernicana»?*, in Corr. giur., 2003, I, pag. 23 ss.; D'Adamo, *Brevi note sulla nuova notifica degli atti giudiziari a mezzo posta*, in Riv. dir. proc., 2008, pag. 1367 ss.; Dalmotto, *Difficoltà interpretative poste dalla nuova regola sulla scissione del perfezionamento della notifica postale*, in www.judicium.it; Id., *La giurisprudenza costituzionale come fonte nell'odierno sistema delle notificazioni a mezzo posta*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, pag. 223 ss.; Frassinetti, *La notificazione nel processo civile*, Giuffrè, 2012; Glendi, *Nuovi orientamenti delle sezioni unite sull'«avviso di ricevimento» nella notifica per posta ai sensi dell'art. 140 c.p.c.*, in Riv. giur. trib., 2008, pag. 394 ss.; Guarnieri, *Validità della notifica a mezzo posta a mani del portiere, in assenza del destinatario*, in Lav. nella giur., 2011, pag. 1159 ss.; Peroni, *L'avviso di ricevimento non ammette equipollenti per la prova dell'avvenuta notifica a mezzo posta*, in Dir. pen. e proc., 2011, pag. 1322 ss.; Russo-Ruvolo, *Notifiche e diritto vivente*, in Corr. giur., 2013, pag. 119 ss.; 1215 ss.; Stropparo, *Principio di scissione soggettiva del momento perfezionativo del procedimento notificatorio e autonomia della prevenienza ex art. 39, comma 3, c.p.c.*, in Corr. giur., 2014, pag. 389 ss.; Vullo, *Il momento determinante della giurisdizione italiana*, in Riv. dir. internazionale priv. e proc., 2004, pag. 1237.

Per quel che attiene il destinatario, invece, il procedimento notificatorio si perfeziona con la consegna del plico, e l'avviso di ricevimento prescritto dall'[art. 149 c.p.c.](#), in combinato disposto con quanto previsto dalla [Legge 20 novembre 1982, n. 890](#), è il solo documento idoneo a dimostrare sia l'intervenuta consegna che la data di essa e l'identità ed idoneità della persona a mani della quale è stata eseguita [\[4\]](#).

Tutti gli aspetti sin qui evidenziati assumono notevole importanza per quel che attiene alla tematica dell'interruzione della prescrizione, di cui si occupa l'[art. 2943 c.c.](#)

Sancisce, in particolare, tale norma che *“la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo.*

È pure interrotta dalla domanda proposta nel corso di un giudizio”.

Nel contesto così delineato, alla Suprema Corte di Cassazione è stato chiesto di chiarire se la scissione degli effetti tra notificante e destinatario si applichi anche nell'ipotesi di notifica dell'atto interruttivo della prescrizione.

3. Il caso sottoposto all'attenzione della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione

Con atto di citazione notificato in data 29 aprile 2011, una società per azioni in amministrazione straordinaria conveniva innanzi al Tribunale di Milano un'altra società al fine di sentir dichiarare l'inefficacia dei pagamenti ex [art. 67, comma 2, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267](#) (c.d. *“Legge Fallimentare”*), eseguiti dall'attrice nell'anno antecedente l'apertura della procedura concorsuale, con conseguente richiesta di condanna della convenuta alla restituzione della somma di Euro 150.469,43. Si costituiva la società evocata in giudizio, eccependo l'intervenuta prescrizione dell'azione revocatoria per avere l'attrice notificato il relativo atto decorso il termine quinquennale.

La società convenuta contestava altresì, nel merito, la sussistenza degli elementi soggettivi ed oggettivi dell'azione revocatoria.

Il Tribunale di Milano, con sentenza [n. 2987/2013](#), in accoglimento della domanda spiegata da parte attrice, dichiarava l'inefficacia dei pagamenti eseguiti dalla Società per azioni in amministrazione straordinaria nei confronti della convenuta, condannando quest'ultima alla restituzione della somma di Euro 150.469,43.

Avverso detta sentenza proponeva appello la soccombente. La Corte d'Appello di Milano, con la sentenza [n. 2816/2016](#), in riforma della sentenza di primo grado, dichiarava prescritta l'azione revocatoria fallimentare, condannando la società per azioni al pagamento delle spese di entrambe i gradi di giudizio.

L'originaria attrice, pertanto, interponeva ricorso per Cassazione deducendo, fra l'altro, la violazione e la falsa applicazione dell'[articolo 149, ultimo comma, c.p.c.](#) in quanto la Corte territoriale non aveva applicato, al caso di specie, la suddetta disposizione secondo la quale *“la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto”.*

4. La soluzione adottata dalla Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione con la sentenza 13 maggio 2019 n. 12551

La prima questione esaminata dai Giudici di legittimità, oggetto del primo motivo di ricorso, è stata quella relativa alla data di effettiva decorrenza del termine di prescrizione.

Hanno, in particolare, osservato gli Ermellini come la Corte di Appello territorialmente competente avesse ritenuto che la data di decorrenza del termine di prescrizione quinquennale dovesse individuarsi nel 17 dicembre 2004, data di nomina del Commissario Giudiziale, ovverosia il soggetto legittimato ad azionare la relativa pretesa, e non già dalla data in cui il Ministro delle Attività Produttive aveva approvato il programma di liquidazione.

La Suprema Corte ha, sul punto, ritenuto di non poter condividere le conclusioni cui è giunto il Giudice di secondo grado, richiamando al riguardo il più recente indirizzo della medesima Cassazione in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi sotto il vigore della nuova disciplina di cui al [D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270](#), secondo cui l'azione revocatoria fallimentare può essere proposta, ex [art. 49 del predetto decreto](#), dal Commissario Straordinario *“(…) soltanto se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, salvo il caso di conversione della procedura in fallimento”.*

Ne consegue che, con riferimento al *dies a quo* per l'esperimento dell'azione, non può trovare applicazione il regime anteriore della [Legge 3 aprile 1979, n. 95](#), secondo cui

[\[4\]](#) Principio questo espresso da Cassazione Civile, [8 maggio 2006, n. 10506](#).

la revocatoria fallimentare è esperibile solo dalla data del decreto che dispone l'apertura della procedura e la nomina del commissario.

Da ciò discende che il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione revocatoria da parte di una società in amministrazione straordinaria decorre dal momento dell'approvazione del programma di cessione dei beni aziendali e non dalla nomina del Commissario straordinario, come invece avveniva in base alla precedente disciplina di cui alla [Legge 3 aprile 1979, n. 95](#), poiché l'[art. 49 del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270](#) nel disporre che l'azione revocatoria fallimentare può essere proposta dal Commissario straordinario "*soltanto se e stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali*", *prevede l'avveramento di una specifica condizione per l'esercizio dell'azione*"[5].

Orbene, nella fattispecie al vaglio degli Ermellini il termine di prescrizione va fatto decorrere dal 9 giugno 2005, data di approvazione da parte del Ministero delle Attività Produttive del programma di liquidazione, e non dal 17 dicembre 2004 in cui fu aperta la procedura e nominato il Commissario Giudiziale.

Chiarito il *dies a quo* dal quale far decorrere la prescrizione, la Suprema Corte ha accolto il secondo motivo ricorso proposto dal ricorrente rilevando che, come affermato in un precedente arresto delle Sezioni Unite (sentenza [n. 24822/2015](#)[6]), la regola della scissione degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario, prevista per gli atti processuali e non per quelli sostanziali, si estende anche agli effetti sostanziali dei primi tutte le volte in cui il diritto non possa farsi valere se non con un atto processuale.

In questi casi la prescrizione è interrotta dall'atto di esercizio del diritto, ovvero dalla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica, mentre negli altri casi l'effetto interruttivo si produce solo dal momento in cui l'atto perviene all'indirizzo del destinatario.

Nell'ipotesi di domanda di revocatoria fallimentare, a differenza dei casi in cui la prescrizione può essere interrotta con un atto stragiudiziale, ai fini dell'interruzione della prescrizione è applicabile il principio della "scissione" del momento perfezionativo della notifica.

Nel caso di specie, la prima notifica dell'atto di citazione fu tentata dal difensore della procedura mediante consegna all'Ufficiale Giudiziario in data 8 giugno 2010, ovvero entro i 5 anni dall'approvazione del programma e dunque in tempo utile per evitare la prescrizione.

L'atto di citazione ricevuto dall'Autorità Svizzera e consegnato alla società all'epoca convenuta venne restituito al Tribunale svizzero competente poiché esso risultava sprovvisto di traduzione in lingua tedesca e pertanto alla prima udienza il Giudice rinviava la causa e disponeva la rinnovazione della notifica dell'atto di citazione.

E ciò in conformità all'indirizzo dei Giudici di legittimità secondo cui la traduzione dell'atto nella lingua del cittadino destinatario non ne costituisce un elemento essenziale, consistendo soltanto in una specifica modalità della sola notificazione diretta a realizzarne l'effettiva conoscenza, con la conseguenza che la mancata allegazione della traduzione ed il rifiuto di accettazione da parte del convenuto comportano che la notificazione, pur sempre rivolta al destinatario, deve essere considerata nulla, ma non inesistente, con l'effetto che il Giudice, ai sensi dell'[art. 291 c.p.c.](#) è tenuto a disporre la rinnovazione, sempre che non avvenga la costituzione in giudizio dello stesso convenuto (Cassazione Civile, Sezioni Unite, [n. 1820/2007](#)).

La Cassazione si è dunque posta la questione se il principio affermato dalle Sezioni Unite in ordine alla c.d. "scissione" degli effetti e conseguente retrodatazione degli effetti sostanziali (interruzione della prescrizione) di un atto a contenuto processuale (atto di citazione) si produca anche quando il procedimento di notifica iniziato in tempo utile ai fini dell'interruzione della prescrizione, mediante consegna dell'atto di citazione, sia affetto da nullità.

In questo contesto, la Suprema Corte cita il proprio consolidato indirizzo secondo cui la sanatoria della nullità (a differenza dell'inesistenza) della notificazione ha efficacia retroattiva, con la conseguenza che il principio di scissione degli effetti della notificazione trova applicazione anche nei casi di nullità di quest'ultima, qualora la stessa sia stata sanata dalla costituzione in giudizio del destinatario.

[5] In questo senso, Cassazione Civile, [n. 31194/2018](#) e Cassazione Civile, [n. 21516/2017](#).

[6] Sulla base dei principi espressi in detta pronuncia, per gli atti negoziali un diritto non può dirsi esercitato se l'atto non perviene a conoscenza del destinatario.

Per gli atti processuali, invece, il diritto (processuale) è esercitato con la consegna dell'atto all'ufficio notificante.

Pertanto, ove il diritto non si possa far valere se non con un atto processuale, la prescrizione è interrotta dall'atto di esercizio del diritto, ovvero dalla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica, mentre in ogni altro caso opera la soluzione opposta.

della notifica [7], poiché il vizio di tale notificazione è sanato, per raggiungimento dello scopo, con effetto *ex tunc*. Secondo gli Ermellini, si può giungere alla medesima conclusione nella particolare ipotesi in cui alla notifica dell'atto, e dunque al perfezionamento della notifica, si riconnettano effetti non soltanto processuali, come nell'ipotesi sopra indicata, ma sostanziali, quali appunto l'interruzione della prescrizione [8].

Anche in tale ultima ipotesi opera la c.d. "scissione" affermata dalle Sezioni Unite nella già citata pronuncia n. 24822/2015 [9]: gli effetti sostanziali, in tal caso, non possono che farsi risalire all'inizio del procedimento notificatorio retroagendo, secondo i principi generali, alla prima notificazione, ancorché affetta da nullità.

Tale affermazione si fonda principalmente sul fatto che la decorrenza degli effetti dalla notifica al destinatario assicura la certezza delle situazioni giuridiche. Invero, non può affermarsi a priori che la certezza giuridica sia tutelata dalla regola che gli effetti dell'atto si producono solo dal momento della notifica al destinatario.

In particolare, prima di tale momento, sussiste un'incertezza giuridica solo temporanea, che perciò costituisce, a giudizio delle Sezioni Unite, un danno temporaneo che ben può essere imposto ad una parte incolpevole (il notificando) per evitare un danno ben più grave e definitivo al notificante, parte ugualmente incolpevole (Francesca Valerio, *Diritto & Giustizia*, fascicolo 44, 2015, pag. 49).

[7] Così Cassazione Civile, Sez. 1, sentenza n. 22995 del 29 ottobre 2014, secondo la quale *"la notificazione del ricorso per cassazione effettuata mediante tempestiva consegna dell'atto ad un ufficiale giudiziario incompetente, il quale lo abbia poi recapitato al destinatario oltre il termine previsto per la predetta impugnazione, non può considerarsi tardiva, dovendo il principio di scissione degli effetti della notificazione trovare applicazione anche nei casi di nullità di quest'ultima, qualora la stessa sia stata sanata dalla costituzione in giudizio della parte intimata"*.

[8] Tra gli autori che si sono occupati della quaestio del "doppio momento perfezionativo" della notificazione agli atti processuali con effetti sostanziali (Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I principi*, Cacucci, 2009, pag. 262; Campus, *Notificazioni a mezzo posta e principio di sufficienza delle "formalità che non sfuggono alla disponibilità del notificante"*, in *Studium iuris*, 2003, pag. 685; Caponi, *Interruzione della prescrizione con la consegna della citazione all'ufficiale giudiziario (e retroattività della sanatoria)*, in *Foro it.*, 2005, I, pag. 1278; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, III, Il processo di primo grado e le impugnazioni*, Cedam, 2009, pag. 337; Dalmotto, *Difficoltà interpretative poste dalla nuova regola sulla scissione del perfezionamento della notifica postale*, in *www.judicium.it*, § 5.2; Delle Donne, *Il perfezionamento della notifica per il notificante tra diritto alla difesa e principio del contraddittorio: riflessioni a margine di un recente intervento interpretativo della Consulta*, in *Giur. it.*, 2004, pag. 938; Glendi, *La notificazione degli atti dopo l'intervento della Corte Costituzionale*, ibidem, 1311; Id., *Le nuove frontiere della "notificazione" dopo la sentenza n. 477/02 della Corte Costituzionale*, in *Giur. trib.*, 2003, pag. 319), è dato registrare due speculari impostazioni.

Se, stando a parte della dottrina, non sarebbe dato estendere la "scissione soggettiva" agli atti processuali con effetti sostanziali (Balena, op. cit., pag. 262; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 337), si è altresì registrata una contraria impostazione (Caponi, *Interruzione della prescrizione*, cit., pag. 1278), che, facendo leva sulla necessità di "neutralizzare il rischio di addebitare al notificante diligente l'esito intempestivo del procedimento di notificazione" e sulla retroattività della sanatoria prevista dall'art. 291 c.p.c. - necessariamente valevole, pena le derive in esegesi abroganti, e in relazione all'impedimento di decadenze e all'interruzione di termini prescrizionali - ha avallato il condivisibile ampliamento, nel senso che si è detto, della portata applicativa del principio.

[9] La domanda revocatoria ha un effetto processuale e un effetto sostanziale. La giurisprudenza è incline a ritenere che l'effetto interruttivo della prescrizione si verifichi al momento della notifica al destinatario dell'atto di citazione.

ATP OBBLIGATORIO

Atp obbligatorio in materia previdenziale ed assistenziale: non è configurabile una “omologa parziale”

(Cass. civ. Sez. VI, 5 febbraio 2019, n. 3377)

di Mattia Polizzi

DEL 9 LUGLIO 2019

Sommario

1. Massima
2. Vicenda e contenuto della decisione
3. Questioni
4. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio in materia di previdenza ed assistenza. Generalità introduttive
5. (segue) Il procedimento
6. Spunti di riflessione

1. Massima

Qualora nel corso di un accertamento tecnico preventivo obbligatorio instaurato ai sensi dell'art. 445 bis c.p.c. emergano contestazioni, anche solo parziali, alla ctu, l'emissione del decreto di omologa è preclusa, sicché al giudice adito in opposizione (ai sensi del comma sesto della disposizione citata) è rimesso l'accertamento dell'intera res controversa sottesa alla pretesa fatta valere nel giudizio e non solo dei motivi oggetto di opposizione.

(Cass. civ. Sez. VI, 5 febbraio 2019, n. 3377)

2. Vicenda e contenuto della decisione

Nel corso di un accertamento tecnico preventivo obbligatorio (d'ora in avanti anche: atpo) radicato ai sensi dell'art. 445 bis c.p.c. il giudice riconosceva la sussistenza dei requisiti sanitari per l'indennità di accompagnamento di cui alla [l. 11 febbraio 1980, n. 18](#), con decorrenza a partire da una certa data.

La ricorrente esperiva l'opposizione di cui all'art. 445 bis, comma 6, c.p.c., al fine di ottenere la retrodatazione dell'accertamento al momento della domanda amministrativa. Il ricorso veniva rigettato anche in considerazione della indisponibilità della parte istante ad una nuova visita.

Costei propone pertanto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi. In primo luogo denuncia la violazio-

ne e falsa applicazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., in considerazione del fatto che l'atto di opposizione all'atpo aveva ad oggetto «unicamente il riconoscimento della invalidità nel periodo compreso tra la domanda amministrativa e la data [...] indicata dal consulente dell'accertamento tecnico preventivo come momento di decorrenza del requisito sanitario». Con il secondo motivo si denunciava la violazione e falsa applicazione degli artt. 116 e 445 bis c.p.c.: partendo dalla premessa che il giudizio di opposizione ad atpo sia «ciroscritto dagli elementi di contestazione proposti dalla parte dissenziente» la ricorrente denuncia il fatto che il giudice non si sia pronunciato sulla «parte non contestata della consulenza tecnica depositata nella prima fase del giudizio», la quale «costituisce elemento non controverso della fase successiva, sul quale il giudicante è tenuto a pronunciarsi» (cfr. pag. 3 della pronuncia). Il terzo motivo ha per oggetto la violazione e falsa applicazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c.: la parte ricorrente deduce la nullità della sentenza per omissione o apparenza della motivazione, in quanto fondata unicamente sulla mancata disponibilità alla visita peritale. Con il quarto ed ultimo motivo si affermava l'omesso esame di un fatto decisivo del giudizio ed oggetto di discussione tra le parti, rappresentato dalla relazione peritale depositata nella fase di accertamento tecnico preventivo.

La Suprema Corte, dopo averne esaminato congiuntamente i motivi, accoglie il ricorso, cassando la sentenza impugnata e rinviando ad altro giudice del tribunale *a quo*.

Il ragionamento posto alla base della decisione della Cassazione, muove dalla osservazione che alla luce del meccanismo di cui all'[art. 445 bis c.p.c.](#) la contestazione delle conclusioni raggiunte dal consulente tecnico nel termine fissato – e sempre che al dissenso faccia seguito la rituale instaurazione del giudizio di cui al sesto comma della disposizione – comportano l'impossibilità per il giudice di emettere il decreto di omologa dell'accertamento sanitario. Ciò il ragione del disposto del [quinto comma dell'art. 445 bis c.p.c.](#), a norma del quale il decreto di omologa deve essere reso solo «*in assenza di contestazione*» ad opera delle parti (e sempre che il giudice non reputi di dover procedere alla rinnovazione delle indagini ovvero alla sostituzione del consulente, [ex art. 196 c.p.c.](#)). Tale conclusione è da affermarsi non solo nel caso di totale dissenso rispetto all'elaborato peritale, ma anche qualora i motivi di contestazione investano solamente in parte la consulenza: dunque, è preclusa al giudice l'emissione di una "omologa parziale". Quest'ultima, peraltro, non può trovare cittadinanza neppure nella fase successiva alla rituale introduzione del giudizio di opposizione di cui all'[art. 445 bis c.p.c.](#): né nel corso del processo, che resta regolato dal rito del lavoro «*senza alcuna previsione di omologa*» (cfr. pag. 5 dell'ordinanza); né nel momento della sua definizione, che a norma dell'[art. 445 bis, comma 7, c.p.c.](#) si conclude con una sentenza inappellabile.

La pronuncia in nota afferma poi che in caso di contestazione il giudice del merito debba procedere con la disamina «*per intero*» delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa azionata in giudizio sicché a costui «*è rimes-*

so l'accertamento della intera res controversa e non soltanto la cognizione delle ragioni di contestazione» (cfr. pag. 5 dell'ordinanza).

3. Questioni

L'ordinanza della Cassazione prende posizione in merito alla configurabilità di una "omologa parziale" dell'atpo [ex art. 445 bis c.p.c.](#), negandola recisamente. Peraltro, la decisione si esprime anche su di altri temi inerenti tale strumento processuale, quali la natura dell'istituto, la sua funzione, i compiti del giudice ed il rapporto con la successiva (ed eventuale) fase di cognizione, che consentono di trarre l'abbrivio per alcune considerazioni di carattere generale sull'atpo; ciò anche in considerazione dei vari aspetti per così dire oscuri della materia, dei quali si tenterà di dar conto – pur se in maniera necessariamente sintetica – nei paragrafi che seguono.

4. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio in materia di previdenza ed assistenza. Generalità introduttive

L'[art. 445 bis c.p.c.](#), rubricato «*accertamento tecnico preventivo obbligatorio*» è stato introdotto nell'impianto codicistico ad opera dell'[art. 38, comma 1, lett. b\), n. 1 d.l. 6 luglio 2011 n. 98](#), convertito in [l. 15 giugno 2011, n. 111](#), all'intero del capo II, titolo IV, libro II del codice di rito[1].

La norma, applicabile a partire dal 1° gennaio 2012, appare ispirata – secondo la dottrina pressoché unanime – alle perenni esigenze deflative sottese a numerosi nuovi istituti processuali nonché al risparmio per la spesa pubblica che ne è conseguenza. Per una autorevole (ma a quanto consta minoritaria) e condivisibile dottrina l'istituto *de quo* assolverebbe anche a finalità conciliative[2].

Il campo di applicazione della norma è decisamente este-

[1] Sul tema si v., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, Benassi, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie di invalidità pensionabile*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, IV, pagg. 711 e ss.; Capurso, Madonia, *L'accertamento tecnico preventivo nel processo previdenziale (art. 445 bis, codice di procedura civile)*, in [www.lavoroprevidenza.com](#), 13 febbraio 2012, pagg. 1 e ss.; Carratta, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, 2012, Torino pagg. 142 e ss.; Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 2018, Torino, pagg. 304 e ss.; Cossignani, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, III, pag. 629 ss.; de Angelis, *art. 445 bis*, in Carpi, Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 2018, Padova-Milano, pagg. 1879 e ss.; Gentile, *La gestione dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale tra principi costituzionali e riproposizioni inframurali*, in *Foro. it.*, 2015, II, I, pagg. 369 e ss.; Ianniruberto, *Nuove regole (e nuovi problemi) per le controversie previdenziali ed assistenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, III, pagg. 57 e ss.; Mandrioli, Carratta, *Diritto processuale civile*, III, 2017, Torino, pagg. 305 e ss.; Monteleone, *Il recente art. 445 bis c.p.c. tra antinomie sistemiche e prospettive razionalizzanti*, in *Judicium*, 23 luglio 2015, pagg. 1 e ss.; Persiani, D'Onghia, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, 2018, Torino, pagg. 368 e ss.; Ricci, *Processo e prassi nell'accertamento tecnico preventivo ex art. 445 bis c.p.c.: un primo bilancio operativo*, in *Inf. prev.*, 2013, I-II, pagg. 69 e ss.; Salvati, *A.t.p.o. in materia previdenziale nelle più recenti linee interpretative della Cassazione*, in [ilGiuslavorista.it](#), 4 settembre 2015, pagg. 1 e ss.

[2] Carratta, *op. cit.*, pag. 143; Mandrioli, Carratta, *op. cit.*, pag. 306.

so e ricomprende per espressa menzione contenuta nel primo allinea dell'[art. 445 bis c.p.c.](#) le controversie «*in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222*»; la dottrina ha sottolineato che tra queste materie debba ricomprendersi, pur se non espressamente prevista, anche quella della indennità di accompagnamento, considerato che tale beneficio – peraltro oggetto della vicenda processuale che ha originato la pronuncia dell'ordinanza in nota – può essere attribuito *ex l. 18/1980* agli invalidi civili totalmente inabili. Più in generale è opinione assai diffusa che siano ricomprese nel novero delle domande in questione non solo tutte le controversie previdenziali, ma anche tutte quelle assistenziali. Tuttavia, dalle domande sottoposte ad atpo dovrebbero essere escluse quelle di accertamento negativo proposte dall'Ente previdenziale, nonché quelle che prescindono del tutto dal requisito sanitario poiché, opinando diversamente, l'istituto di cui all'[art. 445 bis c.p.c.](#) «*piuttosto che avere portata deflattiva e di risparmio si tradurrebbe in un aggravio per il servizio della giustizia e per il bilancio pubblico*»[3].

L'[art. 445 bis c.p.c.](#) dispone che la parte che intenda instaurare un giudizio nelle materie di cui *supra* debba obbligatoriamente procedere al preventivo esperimento di un accertamento tecnico preventivo, strutturato sul modello dell'[art. 696 bis c.p.c.](#), ma dal quale l'istituto processual-previdenziale si differenzia per plurime ragioni. Come evidenziato dalla dottrina, in primo luogo, è da escludersi in radice che l'[art. 445 bis c.p.c.](#) presenti finalità cautelari né è qui richiesto il requisito dell'urgenza, sicché il riferimento all'accertamento tecnico preventivo a fini conciliativi deve intendersi come impropriamente effettuato[4]. Ed in effetti l'istituto previdenziale presenta solo delle assonanze con l'atp di cui all'[art. 696 bis c.p.c.](#). In primo luogo può osservarsi che quest'ultimo ha per oggetto l'accertamento e la relativa determinazione «*dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito*»,

mentre l'[art. 445 bis c.p.c.](#) concerne, come si è detto, il solo requisito sanitario delle prestazioni previdenziali o assistenziali. Diverse sono inoltre le conseguenze nel caso in cui non sorgano contestazioni in merito all'elaborato peritale, posto che da un lato l'[art. 696 bis c.p.c.](#) prevede che il giudice attribuisca (con decreto) al verbale efficacia di titolo esecutivo mentre dall'altro – come si vedrà meglio *infra* – l'[art. 445 bis, comma 5, c.p.c.](#), dispone che il giudice in assenza di contestazioni omologhi l'accertamento del requisito sanitario secondo le risultanze della perizia. Lo stesso dicasi con riferimento alla mancata conciliazione: ai sensi dell'[art. 696 bis c.p.c.](#) non vi sarà altro effetto che la possibilità di richiedere di acquisire l'elaborato peritale nel futuro giudizio di merito; per converso, come osservato in letteratura, l'ipotesi della mancata conciliazione non risulta nemmeno «*assimilabile alla contestazione delle risultanze di cui all'art. 445 bis posto che la mancata riuscita della conciliazione precede il deposito della relazione*»[5]. Sicché pare potersi affermare che il richiamo all'[art. 696 bis c.p.c.](#) debba essere inteso come effettuato ad un mero *modus operandi*, piuttosto che ad una categoria dogmatica; peraltro, è da ricordare che per espressa previsione normativa il richiamo alle norme in tema di atp a fini conciliativi è effettuato sotto espressa condizione di compatibilità.

L'esperimento dell'atpo è obbligatorio e costituisce condizione di procedibilità[6] della domanda, da rilevarsi, ai sensi [secondo comma dell'art. 445 bis c.p.c.](#), ad opera del convenuto a pena di decadenza ovvero in via officiosa dal giudice non oltre le prima udienza[7]; la disposizione procede affermando che, in caso di omesso esperimento ovvero nel caso in cui lo stesso sia stato iniziato e non ancora concluso, il giudice assegna alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza ovvero per il suo proseguimento. In tale ultimo caso, peraltro, la dottrina ha suggerito che il termine di quindici giorni per la prosecuzione (e la conclusione) del procedimento dovrebbe essere inteso come ordinatorio, considerato che la parte si trova impegnata in una attività, quel-

[3] Per queste considerazioni cfr. de Angelis, *op. cit.*, 1881. In giurisprudenza, in senso analogo, ma con diversa argomentazione, si v. Trib. Taranto, 22 maggio 2014.

[4] Cfr., *ex pluris*, Cossignani, *op. cit.*, pagg. 631-633.

[5] de Angelis, *op. cit.*, pag. 1880.

[6] E non di proponibilità (o ammissibilità) della domanda. Ciò, secondo la dottrina, anche «*per sfuggire ad eventuali censure di incostituzionalità, tenuto conto del fatto che, ai fini del rispetto del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, la Consulta solitamente ha ritenuto sufficiente tale conformazione del condizionamento*»: così Cossignani, *op. cit.*, pag. 630, *sub* nota 3.

[7] Il meccanismo è analogo a quello previsto dall'[art. 443 c.p.c.](#) con riferimento al previo esperimento delle procedure amministrative.

la della consulenza, «della quale non può essere onerata ad osservare i tempi»[8]. La soluzione pare da preferirsi anche alla luce del disposto dell'[art. 152 c.p.c.](#) in forza del quale, come noto, i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo che diversamente sia disposto. Tale conclusione sembra inoltre da perseguire anche con riferimento alla natura del termine per provvedere (non alla prosecuzione, ma) alla instaurazione dell'atpo. In ogni caso, sebbene non espressamente previsto dalla norma, il processo deve essere sospeso e può essere riassunto «solo all'esito del procedimento di accertamento tecnico preventivo e sempre che quest'ultimo si sia concluso con la contestazione delle conclusioni del consulente sul requisito sanitario»[9].

5. (segue) Il procedimento

Venendo ora ai profili più strettamente procedurali, l'[art. 445 bis, comma 1, c.p.c.](#) dispone che l'istanza deve essere proposta al giudice territorialmente competente ai sensi dell'[art. 444 c.p.c.](#), ossia al tribunale in funzione di giudice del lavoro nella cui circoscrizione ha la residenza l'attore. L'originaria previsione del [d.l. 98/2011](#), che faceva riferimento al tribunale del capoluogo di provincia ove risiede l'attore[10], è stata sostituita ad opera della legge di conversione del decreto. Nel procedimento trovano applicazione, per espresso rinvio da parte del primo allinea dell'[art. 445 bis c.p.c.](#), il disposto dell'[art. 10, comma 6 bis, d.l. 30 settembre 2005, n. 203](#), convertito con modificazioni dalla [l. 2 dicembre 2005, n. 248](#) (a sua volta modificato dall'[art. 38 d.l. 98/2011](#)) nonché il già citato [art. 196 c.p.c.](#). L'[art. 10, comma 6 bis, d.l. 203/2005](#) dispone che qualora in un giudizio civile relativo a prestazioni sanitarie, previdenziali o assistenziali il giudice nomini un ctu, alle indagini assiste un medico legale dell'Ente previdenziale, su richiesta «del consulente nominato dal giudice, il quale provvede ad inviare, entro 15 giorni antecedenti l'inizio delle operazioni peritali, anche in via tele-

matica, apposita comunicazione al direttore della sede provinciale dell'INPS competente o a suo delegato». Il riscontro di rivenuta di tale comunicazione deve essere allegato alla relazione peritale, a pena di nullità da rilevarsi anche d'ufficio dal giudice. Inoltre, il medico legale dell'ente «è autorizzato a partecipare alle operazioni peritali in deroga al [comma primo dell'articolo 201 del codice di procedura civile](#)».

Il [terzo comma dell'art. 445 bis c.p.c.](#) dispone che la richiesta di espletamento dell'atpo interrompe la prescrizione. Nonostante la mancata menzione, la dottrina reputa che l'istanza comporti anche l'impedimento della decadenza. La diversa conclusione, difatti, sarebbe fuori di gravi conseguenze per la parte istante, considerato che il sistema previdenziale ed assistenziale conosce plurime decadenze[11]; inoltre, tale opinione sarebbe in contrasto con la *ratio* deflattiva sottesa all'atpo, considerato che, come autorevolmente sostenuto in letteratura, la parte sarebbe obbligata ad instaurare contemporaneamente l'atpo e la domanda giudiziale, «non essendo certo che l'espletamento dell'accertamento preventivo possa sempre concludersi prima che scada il termine di decadenza»[12].

La domanda deve essere proposta con ricorso e la dottrina ha evidenziato la necessità di indicare, almeno nei suoi termini essenziali, la domanda «di merito» cui è strumentale l'accertamento preventivo, ossia il trattamento previdenziale o assistenziale che l'istante intende conseguire «se non si vuole che l'indagine stessa sia fatta a fini meramente esplorativi»[13].

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso è necessario che il giudice accerti la sussistenza di alcuni elementi, anche se «trattandosi di procedimento preventivo obbligatorio, al giudice è demandata una cognizione assai ristretta»[14]. E così il tribunale dovrà vagliare la completezza dell'atto introduttivo, la sussistenza della propria competenza, la ricorrenza di una delle ipotesi per cui l'atpo è previsto, non-

[8] Così Ianniruberto, *op. cit.*, pag. 76.

[9] Carratta, *op. cit.*, pag. 143.

[10] Secondo de Angelis, *op. cit.*, pag. 1881, la previsione originaria deponere in tal senso «probabilmente per agevolare la difesa dell'Inps».

[11] Si pensi al termine decadenziale di sei mesi dalla comunicazione del provvedimento emanato in sede amministrativa di cui all'[art. 43, comma 3, d.l. 30 settembre 2003, n. 269](#), convertito in [l. 24 novembre 2003, n. 326](#) in materia di invalidità e cecità civile, sordomutismo, *handicap* e disabilità ai fini del collocamento c.d. obbligatorio al lavoro. Cfr. Cossignani, *op. cit.*, pagg. 633-634, il quale qualifica il silenzio del legislatore come una mera svista «pena la compressione ingiustificata dei diritti delle parti e un'evidente illegittimità costituzionale della disposizione per violazione dell'[art. 24 Cost.](#)».

[12] Ianniruberto, *op. cit.*, 66.

[13] Ianniruberto, *op. cit.*, pag. 65. In senso analogo Cossignani, *op. cit.*, pag. 635.

[14] Cossignani, *op. cit.*, pag. 636.

ché la regolare presentazione delle domande amministrative *ex art. 443 c.p.c.* e la tempestività del ricorso giudiziale, al fine di valutare l'utilità dell'accertamento stesso^[15]. Anche per evitare eventuali usi distorti dell'atpo il giudice dovrebbe valutare anche, sotto il profilo dell'interesse ad agire, la futura utilità dell'accertamento medico in rapporto con la concessione del beneficio invocato^[16].

Qualora tale verifica dovesse dare esito negativo il giudice dovrebbe dichiarare l'inammissibilità del ricorso. Avverso il provvedimento negativo la dottrina pare orientata nel senso di escludere la possibilità di esperire reclamo ai sensi dell'*art. 669 terdecies c.p.c.*, considerata la mancanza dei presupposti che hanno giustificato la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. *669 quaterdecies* e *695 c.p.c.* nella parte in cui non consentivano la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza formulata per ottenere il provvedimento di istruzione preventiva "classica" di cui agli artt. *692* e *696 c.p.c.*: ciò in considerazione del fatto che il procedimento *ex art. 445 bis c.p.c.* non presenta alcuna funzione cautelare^[17]. La giurisprudenza ha dal canto proprio affermato che né la eventuale ordinanza di inammissibilità né quella dichiarativa dell'estinzione della procedura hanno natura decisoria, sicché non sono ricorribili per cassazione ai sensi dell'*art. 111 Cost.*^[18].

Una volta ricevuta l'istanza il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti ed il termine perentorio per la sua notificazione, provvedendo alla nomina del ctu. Ai sensi del *quarto comma dell'art. 445 bis c.p.c.*, terminate le operazioni peritali, il giudice provvede, con decreto da comunicare alle parti, a fissare un termine perentorio (in ogni caso non superiore a trenta giorni) entro il quale queste ultime devono dichiarare se intendano contestare la conclusioni del ctu, mediante un atto scritto da depositare in cancelleria.

A questo punto si aprono due scenari, disciplinati rispettivamente dal comma *quinto* e dai commi *sesto* e *settimo*.

La prima evenienza si ha nel caso in cui le parti reputino di non muovere contestazioni avverso l'elaborato peritale. In tale ipotesi il giudice, salvo che non ritenga di dover procedere *ex art. 196 c.p.c.* al rinnovo delle indagini effettuate ovvero (sussistendo gravi motivi) alla sostituzione del consulente, provvede con decreto pronunciato fuori udienza entro trenta giorni dalla scadenza del termine previsto per le contestazioni ad omologare l'accertamento del requisito sanitario nonché alla pronuncia sulle spese. Il decreto di omologazione non ha efficacia esecutiva, considerato che da un lato manca una disposizione ad hoc e dall'altro né nel provvedimento né nella relazione peritale è possibile ravvisare l'esistenza di un accertamento su di un diritto, bensì del solo requisito sanitario^[19]. Il decreto, inoltre, non è impugnabile né modificabile, nemmeno tramite ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*, salvo che per la eventuale pronuncia sulle spese^[20]; deve poi essere notificato all'Ente competente affinché quest'ultimo, verificati tutti gli ulteriori requisiti necessari per la concessione del beneficio previdenziale o assistenziale, provvede al pagamento delle prestazioni entro il termine di centoventi giorni.

L'ipotesi inversa si ha nell'evenienza in cui manchi l'accordo. In questo caso la parte che abbia dichiarato di contestare le conclusioni del ctu deve depositare presso lo stesso giudice, nel termine (espressamente qualificato come perentorio) di trenta giorni dalla formulazione della dichiarazione di dissenso, il ricorso introduttivo del giudizio, specificando – a pena di inammissibilità – i motivi della contestazione. Tali motivi possono inferire sia alle conclusioni tecnico-scientifiche alle quali è pervenuto il ctu sia sugli aspetti preliminari che sono stati oggetto della verifica giudiziale, «*relativi ai presupposti processuali ed alle condizioni dell'azione*»^[21]. Il giudizio avrà per oggetto il diritto individuato nella domanda indicata nel ricorso *ex art. 445 bis c.p.c.*, posto che qualora si reputi diversamente (ad esempio nel senso che oggetto del giudi-

[15] Così de Angelis, *op. ult. loc. cit.* In giurisprudenza si v. Cass. Civ., Sez. Lav., *27 aprile 2015, n. 8533*.

[16] Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., *27 aprile 2015, n. 8533*, che parla di vera e propria «*proiezione dell'interesse ad agire*», in *Diritto&Giustizia*, 28 aprile 2015, con nota di Leverone, *Accertamento tecnico preventivo obbligatorio per invalidità: interesse ad agire, requisiti di ammissibilità e limiti di utilizzo*; Cfr. Monteleone, *op. cit.*, pag. 5.

[17] Cossignani, *op. cit.*, pagg. 636-637; Ianniruberto, *op. cit.*, pagg. 71-73.

[18] Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., *5 maggio 2015, n. 8932*, in *Foro it.*, 2015, VI-VIII, I, pagg. 2350 ss., con nota di Gentile, *Altri tasselli e punti fermi nel mosaico dell'accertamento tecnico preventivo (atp) previdenziale*; Cass. Civ., Sez. Lav., 7 marzo 2014, n. 5338.

[19] Cossignani, *op. cit.*, pag. 643.

[20] Cass. Civ., Sez. Lav., *9 novembre 2016, n. 22271*; Cass. Civ., *4 maggio 2015, n. 8878*; Cass. Civ., Sez. VI, *17 marzo 2014, n. 6085*. *Contra* Ianniruberto, *op. cit.*, pagg. 71-72.

[21] de Angelis, *op. ult. loc. cit.*

zio sia il solo requisito sanitario oggetto delle operazioni peritali) si verterebbe in una ipotesi di accertamento su di un mero fatto e non su di una situazione giuridica soggettiva[22]. La sentenza che definisce il giudizio stesso non può essere soggetta ad appello.

6. Spunti di riflessione

Le sintetiche osservazioni testé svolte consentono di suggerire alcuni spunti di riflessione.

Con la pronuncia in nota, la Cassazione afferma che a fronte di una contestazione, anche se solo parziale, il giudice non può emettere il decreto di omologa, ma deve dar corso necessariamente al giudizio di opposizione. Ed invero, alla luce delle sintetiche osservazioni di cui sopra, non pare potersi dissentire da questa autorevole statuizione: in altri termini, non pare esservi spazio nell'ordinamento per una "omologa parziale", ossia per una terza scelta tra la decisione di omologa e l'instaurazione del giudizio di opposizione.

In effetti, la formulazione letterale della norma appare – almeno sotto tale aspetto – piuttosto chiara nel delineare un meccanismo di tal genere, se solo si considera che ai sensi del [quinto comma dell'art. 445 bis c.p.c.](#) il decreto di omologa può (e deve) essere emanato solo «*in assenza di contestazione*».

Altre ragioni spingono in tal senso. Anche a prescindere dal dato testuale, una scelta rimessa al giudice, in una fase del giudizio caratterizzata peraltro da una notevole sommarietà, sembrerebbe in contrasto con le istanze di tutela della parte: e ciò pare valere *a fortiori* se si considera che le prestazioni oggetto di tali controversie risultano particolarmente delicate, in quanto legate alla tutela dei diritti di soggetti che si trovano, a vario titolo e con diverse sfumature, in una situazione di particolare fragilità: in altri termini, ci si troverebbe dinanzi ad una compressione del diritto di azione forse non giustificabile.

Certo, il rischio che il ricorrente contesti in maniera formalista e capziosa i risultati delle operazioni peritali, magari a fini solamente defatigatori, non può essere considerato come una evenienza peregrina.

Tuttavia, il pericolo di un utilizzo abusivo delle contestazioni potrebbe essere ridotto (o, comunque, sanzionato) dall'operare sinergico di diversi istituti generali. In primo luogo è da considerare che il giudizio di opposizione ha per oggetto, come si è visto, l'intera situazione giuridica soggettiva, sicché in tale sede la pretesa troverà una più compiuta cognizione. A ciò si aggiunga che l'[art. 445 bis, comma 6, c.p.c.](#) dispone che la parte debba provvedere nel proprio ricorso ad una enunciazione specifica dei motivi della contestazione: e ciò a pena di inammissibilità dell'opposizione. Come affermato dalla ordinanza in nota, peraltro, il giudice di questa fase, anche a prescindere dall'eventuale declaratoria di inammissibilità per insufficiente specificazione dei motivi, dovrà nel corso del giudizio «*assicurare adeguato rilievo al principio di non-contestazione, sia in forza della previsione di cui all'articolo 115 cod.proc.civ. che in ragione della centralità attribuita dal comma sei dell'articolo 445 bis cod.proc.civ. ai motivi di contestazione*» (pagg. 5-6 della decisione). Infine, un ulteriore strumento in grado (se correttamente adoperato) di disincentivare pratiche abusive non può non essere ravvisato nella condanna al pagamento delle spese processuali. E ciò anche nel processo previdenziale. Infatti, è vero che l'[art. 152 disp. att. c.p.c.](#) da un lato esonera la parte soccombente dal pagamento qualora quest'ultima sia titolare di un reddito inferiore a determinate soglie; ma è altresì vero, dall'altro lato, che la medesima disposizione espressamente afferma la decadenza dal beneficio in parola nel caso di responsabilità processuale aggravata *ex* [art. 96, comma 1, del codice di rito](#).

[22] Cossignani, *op. cit.*, pagg. 640-641; v. anche Carratta, *op. cit.*, pag. 145.

STREET ART E TUTELE

La street art: dalla ribellione alla pretesa di tutela (Tribunale di Milano, Sez. XIV, ordinanza del 15 gennaio 2019)

di Francesca Ferrari

DEL 10 LUGLIO 2019

Sommario

1. Massima
2. Premessa
3. Il caso
4. La ratio decidendi del tribunale di Milano
5. Il diritto d'autore e la sua azionabilità
6. Un parallelismo tra street art e arte creata dall'intelligenza artificiale

1. Massima

«La ricorrente ha agito non già sulla base della sua titolarità di diritti di sfruttamento economico delle opere dell'artista, bensì sulla base dei diritti derivanti dalle proprie registrazioni di marchio. La valutazione della documentazione prodotta non consente di ritenere che essa abbia altresì ottenuto dall'autore il diritto di produzione di tali opere, ivi compreso anche il diritto di consentire a terzi la riproduzione delle stesse. Non vi sono elementi significativi per ritenere che l'artista non abbia riservato a sé l'esercizio di tale diritto di riproduzione delle opere» ([Tribunale di Milano, Sez. XIV, ordinanza del 15 gennaio 2019](#)).

2. Premessa

Una recente ordinanza del tribunale meneghino consente di tornare su un tema particolarmente affascinante quale quello dei rapporti tra diritto e arte.

In questo caso protagonista è la *street art*, quell'arte che utilizza gli spazi urbani e suburbani e il canone estetico della bomboletta *spray* per approdare alla comunicazione diffusa, e alle tante forme di recupero o "arredo" urbano presenti ormai ovunque negli spazi delle città, sui manifesti, nelle strade e nell'abbigliamento^[1].

In relazione alle opere della *street art* si è posto innanzitutto un problema di specificazione di secondo livello^[2] derivante dal conflitto fra l'autore dell'opera, lo *street artist*, e il proprietario del supporto sul quale l'opera è realizzata. La contrapposizione citata può essere risolta in modi diversi e se certamente tener conto dei diritti del titolare del supporto materiale, questi ultimi vanno bilanciati con quelli dell'autore. Esempio quanto alla tutela dei diritti di quest'ultimo è il caso della nota marca di abbigliamento sportivo *American Eagle Outfitters*, che ha riconosciuto alcune centinaia di migliaia di dollari allo *street ar-*

[1] Vi sono varie definizioni di *street art* e mentre alcuni autori sottolineano le caratteristiche positive di questa forma d'arte (cfr. Ross, *Routledge handbook of graffiti and Street Art*, 2016, London, pagg. 476 e ss.), altri evidenziano la natura illegale della stessa (Kramer, *The rise of legal graffiti writing in New York and beyond*, 2016, London) In particolare si sottolinea come la *street art* sia un movimento che nasce dalla *pop art* e che comprende il graffitismo (cfr. Dogheria, *Street Art. Storia e controstoria, tecniche e protagonisti*, 2016, Milano); su quest'ultima distinzione, nonché sulla differenza esistente fra *street art* e *public* o *urban art* che comprende opere pubbliche commissionate da enti pubblici ed acquistate con fondi pubblici cfr. Blanché, *Street art and related terms-discussion and working definition*, in *Street art and urban creativity scientific journal*, vol. 1, n. 1, pagg. 32-39; Cooper, Chalfant, *Subway art*, 2015, London (1ª ed. 1984), pagg. 27 ss.

[2] Si consenta il rinvio a Ferrari, *Il sequestro dell'anima. Natura e funzioni del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, 2016, Torino, pagg. 252 e ss.

tist AholSniffsGlue per avere utilizzato un suo noto *murales* come sfondo per foto pubblicitarie della sua collezione[3]. Non è questa la sede per esaminare le opzioni risolutive del conflitto citato[4] né per definire il confine tra arte e arte nel caso in cui un artista utilizzi un'altra opera d'arte non per plagiarla o semplicemente replicarla, ma per costruire – anche con l'aiuto della prima opera – una nuova opera d'arte, che magari sia in forma diversa o veicolata su un supporto diverso da quello dell'opera originale e del resto di questo tema non si occupa l'ordinanza del [15 gennaio 2019](#) del tribunale di Milano che ha ad oggetto la mostra dedicata a Banksy “*A Visual Protest*”, ospitata al Mudec fino allo scorso 14 aprile.

La mostra milanese, come specificato nelle varie comunicazioni per pubblicizzarla, era “non autorizzata” e “non ufficiale”. Lo stesso artista l'ha aggiunta nella lista delle varie esposizioni “fake”, cioè organizzate senza il suo consenso identificate sul suo sito web. Gli organizzatori dell'esposizione hanno quindi assicurato che in rassegna «non sono presenti lavori sottratti illegittimamente da spazi pubblici, ma solo opere di collezionisti privati di provenienza certificata».

3. Il caso

Il nome “Banksy” è – come noto, non solo nel ristretto mondo degli artisti, ma ben di più a livello sociale – un vero e proprio *brand* riconosciuto e si tratta anche di un marchio depositato e registrato quale diritto di privati-

va a livello europeo nonché di un *domain name*. Proprio sulla base delle citate registrazioni, la società Pest Control Office Limited, titolare non solo del *domain name* e della registrazione denominativa, ma anche di una serie di registrazioni figurative, rappresentative di alcune opere dell'artista, ha instaurato un procedimento cautelare avverso 24 Ore Cultura, la società organizzatrice della mostra sopracitata, facendo valere nei confronti della resistente la contraffazione dei marchi, ma anche la concorrenza sleale e, in particolare, l'ipotesi confusoria rispetto alla fonte di provenienza dei prodotti e servizi nonché la contrarietà alla correttezza professionale e la violazione delle norme sul diritto d'autore e del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria.

A fronte di siffatte censure la resistente ha sottolineato che (i) l'attività dell'artista mostrerebbe la volontà – a lui riconducibile – abdicativa dei diritti d'autore sulle sue opere, collocate in via permanente in luoghi pubblici[5]; (ii) nella mostra sarebbero state esposte solo delle riproduzioni di queste opere realizzate e commercializzate dallo stesso *street artist* e incluse nella mostra sulla base dell'autorizzazione dei legittimi proprietari[6]; (iii) l'utilizzazione dei marchi denominativi e figurativi dovrebbe ritenersi lecita in quanto attuata in mera funzione descrittiva; (iv) il catalogo della mostra, contenente tre saggi critici, la riproduzione di tutte le opere ed i relativi commenti, dovrebbe ritenersi riconducibile all'eccezione di cui all'art. 70 l.d.a. ai sensi del quale «Il riassunto, la cita-

[3] Il riferimento è al caso instaurato dallo *street artist* David Anasagasti, noto come AholSniffsGlue, avanti la Corte di Miami in relazione all'utilizzo da parte di *American Eagle Outfitters* dei suoi *murales* a Miami. In merito cfr. Schlackman, *Did American Eagle Rip Off a Miami Street Artist*, in *Art Law Journal*, 31 luglio 2014.

[4] Sul punto cfr. Vecchio, *Problemi giuridici della Street Art*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2016, pagg. 625 e ss., nonché Rychliki, *Legal questions about illegal*, in *Journal of International Property Law & Practice*, 2008, pagg. 399 ss.

[5] In materia cfr. F. Benatti, *La street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà*, in *Giur. comm.*, 2017, pagg. 781 e ss., ove l'autrice sottolinea come accanto all'ipotesi interpretativa della rinuncia abdicativa citata nel testo, che in questo caso dovrebbe ritenersi “incondizionata ed assoluta”. Ciò nonostante la dottrina abbia più volte dubitato della possibilità di configurare una rinuncia assoluta dei diritti d'autore, vi sia una seconda opzione secondo la quale la realizzazione delle opere di *street art* in luogo pubblico determinerebbe al più la concessione da parte dello *street artist* e in favore della comunità di una licenza «non esclusiva senza limiti temporali e territoriali e a titolo gratuito di una serie di facoltà patrimoniali dell'autore» assimilabile alla licenza *open source*: in questo senso cfr. Zeno-Zencovich, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, in *AIDA*, 2004, pagg. 262 e ss.; Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*, 1943, Torino, pagg. 350 e ss., Id., *Trattato del diritto di autore*, 1927, Torino, pagg. 562 e ss. Rilevanti anche le osservazioni di B. Graziosi, *Riflessioni sul regime giuridico delle opere della street art: tutela e appartenenza “pubblica”*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, pagg. 423 e ss.

[6] L'obiezione non convince in quanto è ben noto che l'autore ha il diritto esclusivo di controllare le riproduzioni della propria opera in qualunque forma e con qualunque mezzo esse avvengano (cfr. Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*, cit., 287); e che devono ritenersi ricomprese nel diritto di riproduzione riservato sia gli atti di riproduzione permanente sia quelli di riproduzione temporanea (interessanti sul punto le osservazioni di Romano, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, 2001, Padova, pagg. 1 e ss. Il Tribunale di Milano sottolinea come non possa ritenersi «in mancanza di prova contraria proveniente dal proprietario dell'esemplare, che a questi sia stato contestualmente ceduto insieme al diritto di proprietà dell'opera anche il diritto di riproduzione della stessa».

zione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera»[7].

La resistente ha altresì sostenuto la nullità dei marchi della ricorrente in quanto registrati in mala fede, non per contraddistinguere un prodotto o un servizio, bensì solo per ostacolare attività di terzi.

4. La ratio decidendi del tribunale di Milano

Sulla controversia si è pronunciato il giudice del Tribunale di Milano, Claudio Marangoni, presidente della sezione specializzata in materia d'impresa, il quale da un lato ha dato ragione alla ricorrente per quanto concerne la pretesa relativa alla violazione del marchio (denominativo), attuata mediante i *gadget*, venduti nel *bookshop* del museo (agenda, quaderno, cartolina, segnalibro, gomma) e riproduttivi del marchio stesso ed ha quindi disposto l'inibitoria alla commercializzazione dei *gadget* in questione, dall'altro lato ha escluso qualsivoglia ipotesi di violazione del diritto d'autore con riferimento alle riproduzioni di opere usate per pubblicizzare la mostra.

In sostanza le riproduzioni della "bambina con il palloncino rosso" e il "lanciatore di fiori", anche se tutelate dalla registrazione dei relativi marchi figurativi, secondo il giudice non possono essere protette come marchi e ben po-

trebbero essere considerate in violazione del diritto d'autore, ma a una condizione, improbabile o forse impossibile, precisamente che l'autore riveli la sua vera identità e rivendichi la paternità delle stesse in base alle norme esistenti in materia di diritto d'autore[8].

Questa *ratio decidendi*, che si rinviene nel provvedimento anche con riferimento alla censura svolta nei confronti del catalogo della mostra, deriva dall'ovvia consapevolezza, neppure celata dalla ricorrente, che la stessa notorietà di Banksy si basa anche e soprattutto sul suo anonimato. La conclusione del Giudice secondo la quale «Pest Control non ha dimostrato di essere titolare dei diritti di riproduzione delle opere, ha invece avanzato rivendicazioni sulla base dei diritti originati dalle registrazioni di marchio» pare potersi qualificare come una vera e propria declinatoria di legittimazione attiva della ricorrente derivante dalla mancanza di qualsiasi prova della intervenuta cessione, da parte dell'autore, del diritto di riproduzione delle opere.

L'[art. 156 l.d.a.](#) stabilisce infatti che la legittimazione attiva alle azioni volte a tutelare il diritto d'autore spetta al soggetto al quale è attribuito il diritto che si pretende violato. Peraltro l'[art. 12 della stessa l.d.a.](#) prevede che spetti all'autore dell'opera non solo il diritto esclusivo di pubblicare la stessa, ma anche quello di utilizzare economicamente l'opera in ogni sua forma e il successivo art. 13 identifica proprio il diritto di riprodurre l'opera come «il

[7] In realtà la Suprema Corte ha sottolineato come «la pubblicazione di un catalogo contenente la riproduzione fotografica di opere d'arte inserite in una mostra è idonea a fondare la pretesa della SIAE di riscuotere i diritti di riproduzione spettanti agli autori, in quanto l'[art. 13 l. n. 633 del 1941](#) non vieta solo la moltiplicazione di copie fisicamente identiche all'originale, ma protegge l'utilizzazione economica che può effettuare l'autore mediante qualunque altro tipo di moltiplicazione dell'opera in grado d'inserirsi nel mercato della riproduzione; né l'indicata riproduzione, allorché sia integrale e non limitata a particolari delle opere medesime, quale che sia la scala adottata nella proporzione rispetto agli originali, integra alcune delle ipotesi di utilizzazione libera, previste, in via di eccezione al regime ordinario dell'esclusiva, dall'[art. 70 della citata legge](#)» (Cass. Civ., Sez. I, [19 dicembre 1996, n. 11343](#), in *Giust. civ.* 1996, pagg. 163 2 ss., con nota di Albertini, *La riproduzione fotografica in cataloghi delle opere dell'arte figurativa*; l'autore si esprime in modo critico rispetto alla decisione della Suprema Corte e sottolinea come l'art. 70 L.D.A. debba essere adeguatamente interpretato e come, ai fini dell'applicabilità dello stesso alle opere figurative, debba intendersi a libera riproduzione riferibile anche all'opera per intero, mantenendo il limite della finalità culturale e dell'assenza di ogni intento concorrenziale con i diritti d'autore. In materia cfr. anche Trib. Verona, 13 ottobre 1989 in *Giust. civ.* 1990, I, pag. 490 che invece aveva ritenuto applicabile l'art. 70 l.d.a. ad un'ipotesi di un catalogo di una mostra. In realtà la giurisprudenza più risalente riconosceva, in capo al proprietario dell'esemplare dell'opera d'arte, il diritto all'esposizione della stessa. Sul tema cfr. anche Corte d'Appello di Venezia, 25 marzo 1995, in *Foro It.*, I, col. 717 e in *Giust. civ.*, I, 1955, pag. 976; Tribunale di Roma, 16 maggio 1959, in *Foro It.*, I, 1959, col. 1003; Corte d'Appello di Roma, 13 maggio 1961, in *Foro It.*, I, 1961, col. 1017; Cass., [1 marzo 1967, n. 459](#), in *Foro It. Rep.*, 1967, col. 1084 (citati da Negri-Clementi, Stabile, *L'arte e il diritto d'autore*, in Negri-Clementi, *Il Diritto dell'arte - L'arte, il diritto, e il mercato*, vol. I, 2012, Losanna, pag. 132) in dottrina de Sanctis, *Cessione di un'opera d'arte in originale-diritto di riproduzione- distribuzione dell'opera*, in *Dir. aut.*, 1951, pagg. 59 e ss.; Jarach, *Manuale del diritto d'autore*, 1983, Milano pagg. 111 e ss.; Fabiani, *Protezione dell'opera d'arte figurativa: diritto di esposizione in pubblico e diritto dell'autore di riproduzione*, in *Dir. aut.*, 1989, pagg. 399 ss.

[8] Cfr. le considerazioni analoghe di Vecchio, *Problemi giuridici della Street art.*, cit., nt. 91.

primo e il più importante dei diritti patrimoniali» d'autore. È poi ben noto che l'autore può cedere questi diritti di utilizzazione economica a terzi, ma sul punto rilevano le presunzioni di cui all'[art. 109 l.d.a.](#), ai sensi delle quali da un lato la cessione di un esemplare dell'opera non comprende la cessione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera medesima, neppure quando l'esemplare oggetto della cessione sia unico, in quanto tale cessione ha ad oggetto il corpus mechanicum e non quello mysticum e, dall'altro lato, la cessione di uno stampo o di altro mezzo per riprodurre l'opera deve ritenersi, salvo prova contraria, includere la facoltà non esclusiva di riproduzione della stessa opera. Infine non si può dimenticare, seppure la norma non sia stata citata nel provvedimento, che l'[art. 110 l.d.a.](#) sancisce una regola di forma scritta ad probationem per quanto riguarda gli atti di trasmissione di diritti d'autore.

5. Il diritto d'autore e la sua azionabilità

Il provvedimento è particolarmente interessante perché innanzitutto riconosce la sussistenza del diritto d'autore

sulle opere della street art^[9]. Il tema non è di poco conto ove si consideri che normalmente la street art è un'opera illecita^[10] e la concessione del diritto d'autore potrebbe venire considerata come un inconcepibile premio all'artista reo, così come ha inizialmente affermato la giurisprudenza statunitense^[11]. Siffatta conclusione tuttavia è difficilmente conciliabile con la regola vigente nel nostro sistema giuridico ed unanimemente applicata dalla giurisprudenza, secondo la quale l'illegittimità genetica dell'opera non esclude affatto la tutela della medesima ai sensi della legge sul diritto d'autore, posto che questo nasce quando l'opera viene creata ed indipendentemente dalle modalità di creazione^[12].

A siffatta conclusione tuttavia sembra si possa dire sia giunta anche la più recente giurisprudenza d'oltre oceano^[13] e ciò constatato si tratta di capire quale sia la ragione di questo mutamento di rotta. Premesso che le norme rimangono le stesse, la ragione forse è più socio-economica e consiste nel fatto che il fenomeno della street art è divenuto virale e le quotazioni raggiunte da alcune opere di questa tipologia hanno raggiunto cifre impensabili^[14].

[9] Cfr. anche le considerazioni di B. Graziosi, *Riflessioni sul regime giuridico delle opere della street art: tutela e appartenenza "pubblica"*, cit., pagg. 423 e ss e, in particolare i tentativi di definire l'opera della street art come "bene culturale".

[10] In particolare l'illiceità consiste nel fatto che l'opera viene realizzata senza l'autorizzazione di colui il quale vanta il diritto di proprietà sulla superficie e non viene meno neppure quando il valore della proprietà aumenti in modo considerevole per effetto dell'opera (cfr. Zeno-Zencovich *I graffiti tra arte e illecito. Uno sguardo comparatistico*, in *Il Diritto d'Autore*, 2007, pagg. 584 e ss.. In materia cfr. nella giurisprudenza domestica Trib. Milano, 12 luglio 2010, n. 8297 in *Giur. cost.*, 2011, pagg. 3283 e ss., con nota di Diotallevi, *Opere d'arte e diritto al "mezzo" in una sentenza del tribunale di Milano*; Cass. Pen., 20 aprile 2016, n. 16371, in *www.personaedanno.it*, 25 aprile 2016, con nota di Gasparre, *Graffiti: arte o imbrattamento? Se il giudice penale diventa critico d'arte*.

[11] Il riferimento è al caso *English v. BFC & R East 11th Street LLC* ed alle considerazioni sullo stesso in Lerman, *Protecting Artistic Vandalism: Graffiti and Copyright Law*, in *New York Journal of Intell. Prop. & Ent. Law*, 2013, pagg. 295 e ss. che sottolinea come il caso in questione, nell'ambito del quale si discuteva del diritto di sei artisti di strada di tutelare una loro opera realizzata in un giardino di New York che i proprietari del terreno volevano distruggere al fine di edificare una nuova costruzione, non costituisca vera negazione del diritto d'autore degli *street artists*, ed anzi come dallo stesso si possa ben desumere l'esistenza del copyright degli *street artists* e la possibilità di questi ultimi di agire nei confronti di ogni violazione dello stesso, salvo che nei confronti del proprietario di quello che potremmo definire supporto materiale dell'opera di *street art*.

[12] Cass., 14 settembre 1912, in *Giur. it.* 1916, II, col. 280, ove si legge che l'opera dell'ingegno può «procacciare al suo autore fama o diletto, ricchezza o miseria, e aprirgli le vie dei più alti onori, o le porte del carcere. Ma l'opera dell'ingegno, qualunque sia, sublime o non, rimarrà sempre inviolabile proprietà dell'autore». Cfr. anche tutta la giurisprudenza di cui alla nota 39 di Vecchio, *Problemi giuridici della Street Art*, cit.

[13] Lerman, *Protecting Artistic Vandalism*, cit. 317: «copyright is essentially a right in an intangible work, which is protected independent from its physical embodiment. Under copyright law, it is irrelevant if there are illegal elements in the tangible embodiment of a work (i.e., applying paint to a wall without the owner's permission) or if the tangible embodiment of a work belongs to someone other than the author of the work. The rights (and wrongs) related to the work and to its tangible embodiment are independent, and one should not affect the other. Under the Copyright Act, "ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, is distinct from ownership of any material object in which the work is embodied [...]» nonché i casi citati dall'autore nell'ambito dei quali alcune corti statunitensi hanno negato l'applicazione della dottrina delle *unclean hands*, secondo la quale la corte dovrebbe rigettare la pretesa se accerta che l'attore ha agito slealmente.

[14] Ciò vale in particolare per le opere dell'artista del quale si è occupato il Tribunale di Milano, Banksy, uno dei maggiori esponen-

Ma una volta accertato che siffatte opere godono della tutela del diritto d'autore è necessario altresì comprendere se – come sosteneva 24Ore Cultura nel caso oggetto di queste considerazioni – la realizzazione di queste opere in luoghi pubblici comporti necessariamente la rinuncia al diritto d'autore. La difesa della resistente sul punto non convince e sembra lontana anche dalle affermazioni della nostra giurisprudenza che – anche quando il tema era un po' meno caldo – ha sancito la sussistenza in capo allo street artist innanzitutto del diritto morale d'autore^[15]. Un fenomeno diverso riguarda invece, come si è detto prima, la prova dell'esistenza di questo diritto e della sua trasmissione e la decisione del Tribunale di Milano sembra, sotto questo profilo, corretta applicazione dell'[art. 1101.d.a.](#)^[16]

6. Un parallelismo tra street art e arte creata dall'intelligenza artificiale^[17]

Senza in questa sede potersi soffermare ulteriormente su un tema indubbiamente affascinante giova sottolineare come ci si possa chiedere se un approccio come quello seguito dal Tribunale di Milano nel caso Banksy potrebbe essere applicabile nel caso di arte creata dall'intelligenza artificiale^[18].

Le affinità tra il caso Banksy e quello ipotetico di un prodotto d'arte dell'intelligenza artificiale non derivano solo dalla necessità che in entrambi i casi si pone di individuare il titolare del diritto d'autore e dunque il soggetto dotato della legittimazione ad esercitare il diritto in questione, ma sembrano derivare anche dal fatto che, in entrambi i casi, si pone un tema etico.

Ed infatti non possiamo omettere di ricordare che Banksy e con lui buona parte degli *street artists* non solo hanno sempre fatto della loro libertà e dell'anonimato un cavallo di battaglia, ma hanno anche dichiarato di disprezzare il mercato dell'arte ... si tratta dunque di soppesare da un lato il messaggio di protesta degli *street artists* e, dall'altro lato, la necessità di apprestare qualche forma di tutela delle loro opere^[19]. Interrogativi simili a quelli sopra visti sia in termini di diritto sia, come già abbiamo detto, in termini etici pongono le opere d'arte create dall'intelligenza artificiale, anch'esse di grande successo^[20]. Ciò che infatti va valutato rispetto a queste ultime è se possano essere protette, a chi vada riconosciuto il diritto d'autore e quale sia, da un punto di vista etico, il bilanciamento tra la protezione da un lato e l'evoluzione scientifica dall'altro.

ti della *street art*. A mero titolo esemplificativo cfr. le considerazioni Mandrini, *Street Art, Dall'asta alla selling exhibition sino ad arrivare al museo. Banksy fa scuola*, in *Il Sole 24Ore*, 2014, nonché più recentemente Provenzano, *Investire nella street art è il nuovo trend di mercato*, in www.money.it, 16 aprile 2019, ove la giornalista riporta le considerazioni del gallerista Steve Lazarides, l'uomo che ha portato Banksy nel mercato dell'arte, che ha sostenuto: «uno di quei lavori che dieci anni fa ho venduto per £149,99, ora vale tra le £300.000 e le £400.000». Foxley, *Banksy Painting Sells, Notting Hill Wall Included*, in *The Observer*, 1° agosto 2014, <http://observer.com/2008/01/banksy-painting-sells-notting-hill-wall-included/>, rinvia al caso di un muro di una casa a Portobello Road, Notting Hill, su cui Banksy aveva realizzato senza consenso del proprietario del muro una sua opera (un artista con tavolozza che scrive sul muro "Banksy"). Il proprietario del muro prima coprì l'opera con un vetro, poi la vendette all'asta su e-Bay a circa 400.000,00 dollari nonostante il suo prezzo iniziale fosse di 208.100,00 sterline. All'asta ci furono anche 69 rialzi.

[15] Pret. Torino, 5 maggio 1990, in *Il diritto d'autore*, 1991, 62, pag. 259.

[16] La *ratio* della previsione citata viene individuata sia nell'esigenza di certezza nei rapporti giuridici sia nella volontà di proteggere l'autore (Carosone, *L'opera dell'ingegno per commissione*, Milano, 1970, pag. 95; Ricolfi, in Abriani, Cottino, Ricolfi (a cura di), *Diritto Industriale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, volume II, Cedam, Padova, pag. 494). La forma scritta è dunque un elemento della struttura del contratto di trasmissione dei diritti di utilizzazione (Irti, *Strutture forti e strutture deboli (del falso principio di libertà delle forme)*, in *Studi sul formalismo negoziale*, 1997, Padova, pagg. 137 e ss.)

[17] Le considerazioni di cui a questo paragrafo sono già state in parte condivise durante il convegno AIGA tenutosi a Venezia il 27 marzo 2019 dal titolo «Quali diritti per le opere d'arte "create" dall'intelligenza artificiale?».

[18] Il riferimento è alla cosiddetta arte algoritmica, nell'ambito della quale algoritmi avanzati sono capaci di processi cognitivi e di svolgere attività propriamente creativa. Queste tecnologie evidentemente si differenziano dalla creazione digitale e dagli strumenti editoriali.

[19] Non si può omettere di ricordare, infatti, che proprio Banksy ha sostenuto una vera e propria battaglia nei confronti del diritto d'autore, sintetizzabile nell'espressione «*Copyright is for losers*» riportata anche nel suo libro *Walls and Pieces*, 2006, London. Sottolinea l'ironia della situazione che si verifica quando lo *street artist* pretende la tutela del diritto d'autore Grant, *Outlawed Art: Finding a Home for Graffiti in Copyright Law*, Columbia University, 1° agosto 2012, disponibile sul sito https://works.bepress.com/nicole_grant/1/. Molto interessante è sotto questo profilo la lettura di Hattenstone, Hamilton, Mills, (trad. di Aprile), *La vera arte è non farsi beccare. Interviste a Banksy*, 24OreCultura, 29 novembre 2018.

[20] Basti ricordare che il 26 ottobre è stata venduta all'asta da Christie's la prima opera interamente realizzata da un'intelligenza artificiale: il Ritratto di Edmond de Belamy. Il valore di aggiudicazione è stato di 432.000 dollari a fronte di una stima iniziale di 7-10.000 dollari.

GIUDIZIO DI DIVISIONE E IPOTECHE

Sul diritto del creditore ipotecario di ottenere il soddisfacimento del credito nel giudizio di divisione

di Massimiliano Bina

DELL'11 LUGLIO 2019

Sommario

1. Posizione del problema
2. La cancellazione dell'ipoteca come effetto della vendita dell'intero bene nel giudizio di divisione
3. L'incompatibilità tra il processo di divisione e il soddisfacimento del diritto del creditore ipotecario. Critica
4. La facoltà del creditore ipotecario di soddisfare il proprio diritto nell'ambito del processo di divisione

1. Posizione del problema

I provvedimenti qui annotati affrontano un problema poco dibattuto in dottrina^[1] e in giurisprudenza^[2]: la possibilità per il creditore ipotecario di soddisfarsi sul ricavato della vendita del bene oggetto di divisione immobiliare nell'ambito del processo di scioglimento della comunione, senza essere costretto a dover incardinare un procedimento di espropriazione al fine di ottenere la somma di denaro che il progetto di divisione assegnerebbe al suo debitore.

La questione si presenta, con più frequenza, allorquando il bene oggetto di divisione, ipotecato per l'intero o pro quota, sia interamente venduto, in ragione dell'acclarata impossibilità di redigere un progetto di divisione in natura. Ciò può capitare nell'ambito di una divisione «ordinaria», cioè promossa da uno dei conviventi, ed avente ad oggetto un immobile ipotecato; ovvero nel corso di una divisione endoesecutiva, sorta in seno ad un processo espropriativo promosso dal creditore di uno dei conviventi, avente ad oggetto la quota di un bene ipotecato, o la quota libera da gravami di un bene immobile gravato da ipoteca su una quota di un altro comproprietario

non eseguito. Analogamente, e più raramente, il medesimo problema si pone allorquando il progetto di divisione attribuisca al convivente-debitore ipotecario non solo un bene immobile sul quale continuerà a gravare l'ipoteca originaria (per l'effetto della disciplina della surrogazione reale propria), ma anche un conguaglio in denaro; ovvero quando il progetto di divisione attribuisca un credito al convivente-debitore ipotecario. Queste fattispecie, infatti, sono accomunate dal fatto che, in ragione dell'esito del processo, il privilegio ipotecario si trasferisce su un credito o una somma di denaro, cioè su un bene diverso da un immobile, che costituisce l'oggetto di elezione dell'ipoteca e il solo bene che, in origine, può essere gravato dal diritto reale di garanzia. Ciò pare sufficiente per consentire un trattamento unitario della nostra questione.

Individuata la fattispecie, le norme rilevanti per la soluzione sono l'[art. 1113, 3° comma, c.c.](#), nella parte in cui dispone che «devono essere chiamati a intervenire, perché la divisione abbia effetto nei loro confronti, i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della tra-

[1] Cfr. Cardino, *Comunione di beni ed espropriazione forzata*, Milano, 2011, 440 ss., 607 ss.; La China, *L'attuazione dell'art. 2825 c.c. nel processo di espropriazione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 1558 ss.

[2] Trib. Torino 05.01.2018, in [www.pluris-online.it](#); Trib. Busto Arsizio, 04.04.2005, in [www.pluris-online.it](#); Trib. Roma, 17.03.2003, in [www.pluris-online.it](#); Trib. Napoli 12.11.2003, in *Giur. mer.* 2004, I, 1394.

scrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale»; il [3° comma dell'art. 2825 c.c.](#), che stabilisce che i creditori ipotecari di un partecipante al quale siano state attribuite somme di denaro in luogo di beni in natura «*possono far valere le loro ragioni su tale somma, con prelazione determinata dalla data di iscrizione o trascrizione dei rispettivi titoli*»; e il [4° comma dell'art. 2825 c.c.](#), secondo cui i debitori delle somme dovute al partecipante alla divisione sono liberati qualora «*...le abbiano pagate al condividente dopo trenta giorni da che la divisione è stata notificata ai creditori ipotecari...senza che da costoro sia stata fatta opposizione*».

Le norme predette, infatti, dispongono che il creditore ipotecario è litisconsorte necessario nel processo di divisione (ordinario o endoesecutivo[3]) e che, nell'ipotesi in cui muti l'oggetto dell'ipoteca, si verifichi cioè il fenomeno della c.d. «surrogazione reale impropria»[4], il creditore possa soddisfarsi sulla somma di denaro o, se si vuole, sul credito, che ha sostituito il bene gravato da ipoteca.

2. La cancellazione dell'ipoteca come effetto della vendita dell'intero bene nel giudizio di divisione

Così individuato il perimetro del problema, occorre risolvere una questione pregiudiziale la cui soluzione non appare affatto scontata: la sussistenza del diritto del creditore ipotecario di soddisfarsi nell'ambito del procedimento di divisione, sulle somme costituenti il ricavato della vendita dell'intero bene, presuppone che il bene oggetto di divisione venga trasferito purgato dell'ipoteca.

Al riguardo, parte della dottrina[5] e della giurisprudenza[6]

ritengono che, in applicazione del principio di indivisibilità dell'ipoteca e di retroattività della divisione, la cancellazione dell'ipoteca sull'intero bene non possa essere ordinata allorquando la stessa sia stata costituita prima del formarsi della comunione, atteso che il bene viene acquistato dall'avente causa nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato nel momento in cui è sorta la comunione. In questa prospettiva, il terzo acquirente acquisterebbe il bene gravato da ipoteca.

La tesi non convince poiché non considera che il bene oggetto di divisione viene trasferito coattivamente e che la disciplina applicabile è quella delle vendite forzate[7]. Senza considerare che le forme utilizzate sono quelle proprie del codice di procedura civile che prevedono, espressamente, all'[art. 586 c.p.c.](#), che il decreto di trasferimento debba contenere l'ordine di cancellazione delle ipoteche, i cui effetti sostanziali sono disciplinati dall'[art. 2878, n.7\) c.c.](#)[8].

Resta il fatto che il problema del soddisfacimento del creditore ipotecario nell'ambito del giudizio di divisione in cui si sia venduto il bene intero, si pone solo se si riconosce il potere del giudice di ordinare la cancellazione dell'ipoteca; se l'ipoteca dovesse sopravvivere, il creditore avrà diritto di espropriare il bene nei confronti del proprietario in virtù del diritto di sequela tipico della garanzia reale.

3. L'incompatibilità tra il processo di divisione e il soddisfacimento del diritto del creditore ipotecario. Critica

Parte della giurisprudenza ritiene che il creditore ipotecario non possa trovare soddisfazione all'interno del giu-

[3] La disciplina dell'espropriazione di beni indivisi contiene delle norme che hanno lo scopo di garantire la partecipazione dei creditori iscritti al giudizio di espropriazione ed a quello di divisione. Cfr. Lombardi, *Sull'introduzione del giudizio divisorio endoesecutivo*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 246-256; Id., *Giudizio di scioglimento delle comunioni ed esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 413 ss.; Id., *L'espropriazione dei beni indivisi e le riforme dell'ultimo decennio*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 317-332; Id., *Profili problematici dell'espropriazione di beni indivisi*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 59; G.Santagada, sub *artt. 599-601 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, dir. da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, VI, Milanofiori-Assago, 2013, 1193 ss.; Bina, voce *L'espropriazione dei beni indivisi*, in *Dittrich (dir.), Omnia-Trattati giuridici, Diritto processuale civile*, Milanofiori-Assago, 2019.

[4] Cfr. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in Cucu, Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1956, 76-77; Ravazzoni, *Le ipoteche*, in Cucu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2006, 416 ss.; Fragali, voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. Dir.* XXII, 1972, 816 ss.; La China, *op.cit.*, 1607 ss.

[5] Cardino, *op.cit.*, 440; Ravazzoni, *op.cit.*, 103 s.

[6] Trib. Lecco, 23.05.2002, in *Giur. Merito*, 2003, 2, 53.

[7] Rubino, *op.cit.*, p. 146, nota 164. In generale, sul potere di cancellazione delle ipoteche come conseguenza della vendita forzata, sia consentito rinviare a Bina, *Il subentro del curatore nel contratto preliminare di compravendita immobiliare e il potere del Giudice delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche*, in *www.aulacivile.it*.

[8] Cfr., tuttavia, l'opinione espressa da Trib. Monza, 04.10.1983, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 664, che ritiene che l'[art. 788 c.p.c.](#) richiami solo le modalità operative delle vendite forzate e non l'[art. 586 c.p.c.](#)

dizio di divisione[9], ma debba incardinare un processo di espropriazione forzata per ottenere l'assegnazione delle somme di denaro o del credito attribuite al proprio debitore[10]. Un primo argomento dà rilievo ai poteri del creditore che interviene nella divisione ex art. 1113 c.c., che, per la giurisprudenza di legittimità[11], può solo verificare il *quomodo* della divisione e impedire che gli effetti della stessa possano arrecare pregiudizio al patrimonio del debitore e, di conseguenza, sulla garanzia ipotecaria. In questa prospettiva, il creditore ipotecario ha diritto di partecipare al processo, interloquire su tutte le questioni che attengono alla divisione dei beni tra i condividenti, svolgere osservazioni sulla formazione dei lotti, eccepire vizi attinenti la regolarità del procedimento. Ne consegue che l'intervento del creditore ipotecario non è finalizzato ad ottenere il soddisfacimento del credito.

L'argomento non convince. Se è vero che l'intervento nella divisione del creditore ipotecario di uno dei condividenti, a norma del comma 3° dell'art. 1113 c.c., si sostanzia in un'attività diretta alla conservazione della garanzia ipotecaria del creditore medesimo, non vi è alcuna ragione per escludere che tale intervento possa svolgere una funzione satisfattiva della pretesa creditoria. Ciò ben può accadere tutte le volte in cui non sia possibile una divisione in natura[12], ma occorra procedere alla vendita del bene in comunione, in quanto non comodamente divisibile[13].

Un secondo argomento, più dogmatico, fa leva sulla natura del procedimento di divisione come procedimento

ordinario di cognizione. In questa prospettiva, si è detto che il creditore ipotecario non possa soddisfarsi nell'ambito del processo di divisione perché il processo di cognizione, a differenza di quello esecutivo, non ha una funzione satisfattiva ed esecutiva del diritto dell'attore, limitandosi ad accertare il diritto, a comporre la lite o, se si vuole, a vincere l'ostacolo costituito dalla contestazione del diritto azionato dall'attore[14].

Nemmeno questo argomento convince. In primo luogo, si osservi che nelle ipotesi della domanda giudiziale costitutiva il processo ordinario di cognizione si conclude con un provvedimento che da solo attua il diritto creando, estinguendo o modificando il rapporto giuridico dedotto in giudizio e, in tal modo, soddisfacendo la pretesa attorea[15]. Ciò a conferma del fatto che, pur in via eccezionale, in alcune ipotesi previste dalla legge, non è inconcepibile che il processo di cognizione possa avere una funzione satisfattiva della pretesa attorea. Sotto altro aspetto, si è osservato che il processo di scioglimento delle comunioni è un procedimento misto tra cognizione ed esecuzione[16], in cui si accerta il diritto alla divisione e lo si attua, trasformando il diritto su una quota astratta in un diritto di proprietà esclusivo su un bene determinato.

4. La facoltà del creditore ipotecario di soddisfare il proprio diritto nell'ambito del processo di divisione

Come ben osservato dai provvedimenti qui annotati, il diritto del creditore ipotecario di trovare soddisfacimento

[9] Trib. Varese, 19.3.2014; Trib. Napoli 12.11.2003, in *Giur. mer.* 2004, I, 1394.

[10] Ciò potrebbe avvenire nelle forme del processo di espropriazione presso terzi, prima della chiusura del processo, di divisione, da incardinare nei confronti del soggetto che detiene le somme di denaro pagate dell'aggiudicatario del bene (nell'ipotesi di vendita dell'intero) o del condividente obbligato al conguaglio.

[11] Cass. 21.05.2004, n. 9765, in *Gius.* 2004, 20, 3571, ha fissato il principio secondo cui il creditore ipotecario non ha la facoltà di impedire, sospendere o interrompere il giudizio di divisione.

[12] Trib. Torino 05.01.2018, cit., chiarisce che, in tale ipotesi, l'intervento è finalizzato ad ottenere che «l'immobile ipotecato sia compreso nel lotto da assegnare al condividente suo debitore o, nel caso di un unico immobile comune, che l'ipoteca venga concentrata sulla parte del bene da attribuire al debitore medesimo».

[13] Trib. Torino 05.01.2018.

[14] Cfr. Trib. Varese, 19.3.2014. Per una distinzione tra accertamento ed esecuzione sia consentito, per tutti, il richiamo alla lezione classica di Allorio, voce *Esecuzione forzata in genere*, in *Nuovo dig. it.*, Torino 1938, 504 ss.

[15] Così, Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino 2017, 78 ss. Cfr., in generale, Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino, 1980, 154 ss.; Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino 1991, 79 ss.

[16] Ripepi, voce *Procedimento divisorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1996, 636 ss.; Allorio, *L'ordinamento giuridico nel primo dell'accertamento giudiziale*, Milano 1957, 475 ss.; Pavanini, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 439 ss. *Contra*, più di recente, Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli 2009; v. anche L. Di Cola, *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano 2011. In giurisprudenza, v. Cass., 07.02.2018, n. 2951; Cass., 04.03.2011, n. 5266; Cass., 10.11.1998, n. 11293.

sul ricavato della vendita forzata dell'intero bene oggetto di divisione, o sui conguagli, trova la propria fonte nella disciplina sostanziale dell'ipoteca su beni indivisi e nella necessità di garantirgli concretamente la possibilità potersi soddisfare sul denaro ricavato dalla vendita, o di esigere il credito per conguagli dagli altri condividenti[17].

L'opinione corrente afferma che le norme sostanziali contenute nell'[art. 2825 c.c.](#) hanno lo scopo di consentire, all'esito del giudizio di divisione, di trasferire il privilegio ipotecario costituito sulla quota astratta, al bene immobile concretamente individuato e attribuito al debitore; o, per quello che qui più ci interessa, da un bene immobile, a beni di altra natura. Tale ricostruzione, tuttavia, non tiene conto della disciplina dell'[art. 2808 c.c.](#) che già prevede che il creditore ipotecario possa soddisfarsi con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione. In altre parole, il diritto del creditore di soddisfarsi sul ricavato della vendita è strettamente connesso alla natura forzata della liquidazione: quando il bene ipotecato viene coattivamente trasferito a terzi, l'ipoteca viene cancellata e il creditore ha diritto di soddisfarsi sulle somme pagate dall'acquirente[18].

Se così fosse, l'[art. 2825, 3° comma, c.c.](#) non avrebbe alcun contenuto innovativo rispetto alla norma dell'[art. 2808 c.c.](#), salvo quello di estendere la disciplina generale prevista per le somme ricavate dalla vendita forzata del bene anche alle somme di denaro che verrebbero attribuite al debitore in forza della divisione (e diverse da quelle ricavate dalla vendita dell'intero), ed ai conguagli dovuti al debitore ipotecario da altri condividenti. La lettera della norma, tuttavia, riferendosi alle somme di denaro attribuite in luogo di beni in natura, disciplina anche l'ipotesi, statisticamente più frequente, del ricavato della vendita forzata del bene immobile oggetto di divisione, resasi necessaria a fronte della accertata impossibilità di procedere ad una divisione in natura, non solo alle somme ricavate ad altro titolo o ai conguagli.

Ne consegue che, se si vuole attribuire all'[art. 2825, 3° comma, c.c.](#) una qualche utilità, si deve ammettere che la norma costituisce la fonte della facoltà del creditore di soddisfarsi nell'ambito del processo di divisione, non tanto quella di consentire ai creditori ipotecari il diritto di «*far valere le loro ragioni su tale somma*», pacifico e connaturato alla garanzia di cui sono titolari. È, quindi, l'[art. 2825, 3° comma, c.c.](#) che consente al creditore ipotecario, che sia intervenuto nel processo, di ottenere, con il progetto di divisione, l'assegnazione delle somme che dovrebbero essere attribuite al proprio debitore. In assenza di una tale norma, di contro, il creditore ipotecario avrebbe sempre la possibilità far valere le sue ragioni su tale somma, ma dovrebbe ricorrere agli strumenti processuali tipici dell'esecuzione forzata, non potendo ottenere l'assegnazione delle stesse in sede di divisione.

Parimenti, la legge prevede che il creditore ipotecario non debba iniziare una esecuzione forzata nei confronti del proprio debitore che, all'esito della divisione, risulti a sua volta creditore di una somma per conguaglio[19]: l'ultimo comma dell'[art. 2825 c.c.](#), infatti, limita la facoltà del condividente di liberarsi, pagando il debitore ipotecario, imponendo al primo l'onere di dare notizia della divisione al creditore ipotecario, per consentire a quest'ultimo di opporsi e pretendere il pagamento diretto.

Infine, si osserva che si perviene alle medesime conclusioni, volendo ricostruire il fenomeno come un pegno su crediti[20]. Si è detto, al riguardo, che in seguito alla vendita del bene, il vincolo ipotecario si trasferisce sul ricavato della vendita forzata nelle forme del diritto di pegno, con la conseguenza che il creditore (già ipotecario sul bene oggetto di divisione) è ora garantito da un diritto di pegno sul credito vantato dal condividente (già debitore ipotecario) può trovare soddisfazione all'interno del processo di divisione, atteso che l'[art. 2803 c.c.](#) impone al cre-

[17] Cfr. Trib. Busto Arsizio, 04.04.2005, cit. nella parte in cui afferma che non consentire al creditore ipotecario di vedersi assegnate le somme in sede di divisione «...svilirebbe il significato stesso della garanzia ipotecaria poiché priverebbe i creditori ipotecari del bene (venduto a terzi libero da iscrizioni pregiudizievoli) e sottrarrebbe ai medesimi le garanzie sulle somme ricavate dalla vendita».

[18] Così, sinteticamente, Tribunale di Varese, 13.2.2015, nella parte in cui afferma che «... poiché il bene oggetto di divisione è venduto all'incanto in quanto non comodamente divisibile, B.s.p.a deve ritenersi ammessa a far valere le proprie ragioni sulla parte di ricavato attribuita al condividente debitore ed ottenerne l'assegnazione». Nello stesso senso, Fragali, cit., 816 ss.

[19] Cfr. Cardino, *op.cit.*, 645 ss.

[20] Rubino, *op.cit.*, 150, ritiene che nelle ipotesi di surrogazione reale impropria l'ipoteca si converte in pegno; conf. Ravazzoni, *op.cit.*, 107. *Contra*, Maiorca, voce *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, IX, Torino, 1963; Fragali, *op.cit.*, 817. Analogamente, Cardino, *op.cit.*, 441, ritiene che sia gravato da pegno il diritto di credito del condividente alla riscossione della parte del prezzo corrispondente alla sua quota e depositato nelle forme previste dal giudice istruttore.

ditore di riscuotere il credito ricevuto in pegno^[21] e di soddisfarsi, se il credito è scaduto; o depositarlo, se il credito non è ancora scaduto.

In sintesi, il creditore ipotecario, ai sensi del 3° comma dell'[art. 2825 c.c.](#), può intervenire nel processo di divisio-

ne, controllare il *quomodo* della divisione e chiedere l'assegnazione delle somme che verranno attribuite al debitore in luogo del bene immobile ipotecato o quale parte, corrispondente alla sua quota, del ricavato della vendita del bene medesimo.

^[21] Trib. Varese, [27.12.2017](#); Trib. Busto Arsizio, [15.5.2019](#); Trib. Roma, 17.03.2003, in [www.pluris-online.it](#).

NOTIFICAZIONI E DECESSO DEL DESTINATARIO

Decesso del destinatario della notifica ex art. 331 c.p.c. e integrazione del contraddittorio nei confronti della “giusta parte”

Le Sezioni Unite applicano in via analogica l'art. 328 c.p.c., ma solo per il caso di contumacia della parte deceduta (Nota a Cass. Sezioni Unite, 24 maggio 2019, n. 14266)

di Alessia D'Addazio

DEL 15 LUGLIO 2019

Sommario

1. Premessa
2. Il caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite
3. Gli approdi della precedente giurisprudenza
4. La continuità dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nel 2009 e l'applicazione in via analogica dell'art. 328 c.p.c.
5. Ultrattività del mandato e contumacia della parte quali fattori rilevanti per lo spiegarsi delle regole processuali

1. Premessa

Con l'ordinanza interlocutoria 10 dicembre 2018, n. 31847[1], la Seconda Sezione Civile della Corte di cassazione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione se, nell'ipotesi in cui, in sede di notificazione dell'ordine di integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c., risulti il decesso del destinatario, il notificante possa richiedere al giudice l'assegnazione di un (ulteriore) termine perentorio per procedere al perfezionamento dell'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'erede della parte defunta, come

enunciato da Cass., Sez. un., 21 gennaio 2005, n. 1238[2], ovvero se debba riattivarsi immediatamente e spontaneamente per perfezionare l'iter notificatorio nel più breve tempo possibile, come invece affermato da giurisprudenza successiva e in particolare da Cass., Sez. un. 24 luglio 2009, n. 17352[3] e Cass., Sez. Un., 15 luglio 2016, n. 14594[4].

Le Sezioni Unite si sono recentemente pronunciate su tale questione con la sentenza del 24 maggio 2019, n. 14266, enunciando il seguente principio di diritto: «Nel caso in cui, in sede di notificazione dell'atto di integrazione del

[1] Sia consentito rinviare al commento all'ordinanza di D'Addazio, *Decesso del destinatario della notifica ex art. 331 c.p.c. e oneri del notificante: alle Sezioni Unite una nuova questione in tema di notificazioni intempestive*. Nota a Cass. Civ., Sez. II, 10 dicembre 2018, n. 31847, in questa Rivista, 12 marzo 2019.

[2] Pres. Carbone, Rel. Criscuolo, in *Foro It.*, 2005, I, 2401 ss., con nota di Caponi, *Un passo delle sezioni unite della Cassazione verso la rimessione nei termini di impugnazione*.

[3] Pres. Elefante – Rel. Toffoli, in *Giust. civ.*, 2009, 1274 ss.

[4] Pres. Amoroso – Rel. Curzio, in *De Jure, Diritto & Giustizia*, fasc. 33, 2016, 14 ss., con nota di Valerio, *Notifica con esito negativo: per conservarne gli effetti è necessario procedere con immediatezza*, in *Ilprocessocivile.it*, 2016, con nota di R. Giordano.

contraddittorio nei confronti del contumace, la parte venga a conoscenza della sua morte o della sua perdita della capacità, il termine assegnatogli dal giudice ai sensi dell'art. 331 c.p.c. è automaticamente interrotto e, in applicazione analogica dell'art. 328 del c.p.c., comincia a decorrere un nuovo termine, di durata pari a quella iniziale, indipendentemente dal momento in cui l'evento interruttivo si è verificato. È onere della parte notificante riattivare con immediatezza il processo notificatorio, senza necessità di apposita istanza al giudice *ad quem*. Solo nel caso in cui, per ragioni eccezionali, di cui la stessa parte deve fornire la prova, tale termine risulti insufficiente ad individuare le persone legittimate a proseguire giudizio, è consentito chiedere al giudice la rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, secondo comma c.p.c.».

Se il perimetro tracciato dall'ordinanza interlocutoria pareva limitato alla composizione del contrasto giurisprudenziale sorto con riferimento ai rimedi esperibili in caso di notificazione non perfezionata o tardivamente eseguita in assenza di colpa del notificante (sul presupposto che *nemo impossibilia tenetur*), l'intervento nomofilattico ha ampliato le maglie della questione e, richiamando istituti affini e connessi con quelli della notificazione dell'impugnazione e della successione nel processo, ha aggiunto un tassello preliminare al quadro offerto dalla sezione rimettente, quello dell'applicazione in via analogica della fattispecie interruttiva disciplinata dall'art. 328 c.p.c.

La pronuncia delle Sezioni Unite si colloca così su una "terra di mezzo", ai crocevia tra rimessione in termini e interruzione del termine, ultrattività del mandato in caso di decesso della parte costituita e individuazione dell'erede quale "giusta parte" a seguito del decesso del contumace, inosservanza del termine perentorio per causa non imputabile e ragionevole durata del processo.

Per comprendere lo sviluppo argomentativo delle Sezioni Unite è opportuno muovere da un breve riepilogo sulle vicende concrete che hanno caratterizzato la controversia che ha condotto alla rimessione.

2. Il caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite

La controversia che ha originato la rimessione *de quo* aveva ad oggetto l'accertamento nei confronti di più soggetti della simulazione per interposizione fittizia di atti di trasferimento di immobili e la conseguente condanna di al-

cuni dei convenuti alla restituzione del denaro incassato per la vendita dei suddetti immobili. Sin dal primo grado di giudizio taluni convenuti erano rimasti contumaci, e fra essi il soggetto di cui qui ci si interessa. Il giudice di primo grado accoglieva le domande dell'attore e avverso la sentenza di primo grado proponevano appello alcuni convenuti, i quali mancavano però di notificare l'atto di impugnazione nei confronti di due parti, di talché la Corte d'appello, con ordinanza emessa in data 27/10/2009 e comunicata in data 30/10/2009, rilevata la sussistenza di una situazione di litisconsorzio necessario tra i partecipanti dell'accordo simulatorio oggetto di accertamento, ordinava l'integrazione del contraddittorio *ex art. 331 c.p.c.* entro trenta giorni dalla comunicazione; il termine del 29/11/2009 coincideva con una domenica e pertanto doveva ritenersi prorogato di diritto al 30/11/2009. Nella pendenza di suddetto termine gli appellanti provvedevano a notificare, a mezzo posta raccomandata con avviso di ricevimento, l'impugnazione ai due soggetti, uno dei quali – contumace nel primo grado di giudizio – risultava essere deceduto, come da comunicazione delle Poste Italiane del 19/11/2009, con riconsegna dell'atto non notificato al mittente in data 21/11/2009. Gli appellanti, allora, in data 30/11/2009, nell'ultimo giorno concesso per l'integrazione del contraddittorio dall'ordinanza della Corte d'appello, notificavano l'atto con raccomandata con avviso di ricevimento a due degli eredi del destinatario deceduto, ma non alla terza erede, figlia del soggetto venuto a mancare. I due coeredi, costituitisi in giudizio tempestivamente (venti giorni prima dell'udienza di prima comparizione) eccepivano l'improcedibilità e l'inammissibilità dell'appello per via della mancata integrazione del contraddittorio nei confronti della terza erede del *de cuius*.

La Corte d'appello, dunque, rilevata, da un lato, l'improrogabilità del termine assegnato ai sensi dell'art. 331 c.p.c. e, comunque, la circostanza che gli appellanti, all'udienza di prima comparizione tenutasi in data 16/02/2010, non avevano richiesto la rimessione in termini per provvedere all'integrazione del contraddittorio, tenuto altresì conto della condotta degli appellanti, che a detta della Corte avrebbero potuto apprendere dell'esistenza della terza erede dal mero esame della denuncia di successione presentata il 28/01/2004^[5], dichiarava inammissibile l'impugnazione proposta.

[5] Tale rilievo del giudice di merito non pare condivisibile, atteso che la dichiarazione di successione, istituto di natura e finalità fiscale-tributaria, può essere presentata entro dodici mesi dal decesso del defunto e che vi sono dei casi, collegati all'effettiva consistenza e composizione dell'asse ereditario, in cui essa non risulta obbligatoria. Tanto è sufficiente per escludere che si possa estendere tale one-

Avverso tale decisione, quindi, gli appellati, proponevano ricorso per cassazione con un unico articolato motivo basato sull'“omesso esame di un fatto controverso” (art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. nella formulazione previgente e applicabile *ratione temporis*), censurando la sentenza nella parte in cui aveva ritenuto necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti della parte deceduta, pur in mancanza di una domanda di nullità per simulazione dell'accordo, rilevando che, in ogni caso, a fronte della non conoscibilità dell'evento della morte della parte, la Corte d'appello avrebbe dovuto concedere un nuovo ulteriore termine per perfezionare l'integrazione del contraddittorio.

Le Sezioni Unite muovono dal considerare come priva di autosufficienza e specificità tale censura, giacché i ricorrenti hanno omesso di trascrivere le domande proposte con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, sì da consentire un vaglio sull'ambito di cognizione devoluto al giudice di merito, nonché di dedurre (e provare) la circostanza di avvenuta esecuzione dei contratti simulati nei confronti della parte deceduta, idonea ad escludere la sussistenza di un litisconsorzio necessario con tale soggetto[6].

Segue poi la conferma da parte delle Sezioni Unite della giurisprudenza sviluppatasi in seno alla Suprema Corte secondo cui, quando più soggetti vengono chiamati in giudizio da una delle parti o *iussu iudicis*, la situazione di cumulo soggettivo che ne deriva è ascrivibile alla categoria del litisconsorzio processuale[7], in quanto il rapporto che si instaura tra le parti del giudizio soggiace alla disciplina delle cause inscindibili e pertanto postula la necessaria presenza di tutte le parti, ad eccezione di quelle eventualmente estromesse, in ogni fase o grado del giudizio[8].

Viene poi confermata l'applicabilità del principio secon-

do cui in caso di morte della parte (nella sentenza si specifica “avvenuta nel corso del giudizio di primo grado” ma non v'è ragione per escludere che la regola si applichi in tutti i gradi del processo, a prescindere dal momento di verifica del decesso) la legittimazione attiva e passiva si trasmette a tutti gli eredi, a prescindere dalla scindibilità del rapporto sostanziale che costituisce oggetto del processo, realizzandosi una situazione di litisconsorzio necessario processuale, come letteralmente induce a ritenere l'art. 110 c.p.c.[9], con conseguente applicazione della disciplina dell'art. 331 c.p.c. in caso di mancata notificazione dell'impugnazione a tutti gli eredi della parte defunta.

Con una lunga ricostruzione che occupa gran parte del corpo della sentenza (paragrafi 5-11) le Sezioni Unite ripercorrono, diacronicamente e per distinti orientamenti, l'iter della giurisprudenza di legittimità che si è espressa sui temi delle conseguenze dell'inosservanza del termine per l'integrazione del contraddittorio disposta ai sensi dell'art. 331 c.p.c., dell'onere del notificante di individuare la “giusta parte” del processo in caso di decesso di una delle parti e della *vexata quaestio* dell'ultrattività del mandato del difensore.

A fare da sfondo agli approdi giurisprudenziali richiamati vi è l'interazione tra due istituti, accomunati da una insita connotazione temporale: l'interruzione, nella sua duplice natura di interruzione del processo e interruzione dei termini, e la notificazione, fattispecie a formazione progressiva che contiene in sé una fisiologica discontinuità temporale, oggetto di due importanti pronunce della Corte Costituzionale nel 2002 e 2004 (v. *infra*), alle quali ha fatto seguito, nel 2005, l'introduzione di un terzo comma all'art. 149 c.p.c., dedicato alla scissione degli effetti della notificazione.

D'altra parte, poco meno di dieci anni fa, il giudice di le-

re a tutte le ipotesi di decesso del destinatario della notificazione ex art. 331 c.p.c.

[6] Le Sezioni Unite richiamano il loro precedente Cass. Sez. Un., 14 maggio 2013, n. 11523

[7] Cass. 8/11/2017, n. 26433; Cass. 2/09/2015, n. 17497; Cass. Sez. Un., 14/05/2013, n. 11523; Cass. 7/07/2004, n. 12470; Cass. 16/07/2003, n. 11154; Cass. 3/09/2002, n. 12829; Cass. 26/2/2001, n. 2756.

[8] Invero la conclusione cui giungono le Sezioni Unite appare troppo semplicistica, sotto un duplice profilo: da un lato, le ipotesi di litisconsorzio processuale a seguito di chiamata in giudizio su istanza della parte o per ordine del giudice non necessariamente sono ascrivibili al *genus* delle cause inscindibili, potendosi qualificare anche come cause dipendenti, seppure anche in questo caso governate, nelle fasi di impugnazione, dalla disciplina dell'art. 331 c.p.c.; dall'altro lato, a parere di chi scrive le ipotesi di chiamata in causa su istanza della parte per garanzia (per le ipotesi di garanzia propria, se impugnata è solo la causa dipendente e per le ipotesi di garanzia impropria, se impugnata è la causa originaria) non necessariamente conducono alla configurazione di litisconsorzio processuale: cfr. per tutti, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2014, 166.

[9] Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 367, Milano, 2017; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2014, 131.

gittimità, intervenendo in materia di interruzione del processo per il decesso del difensore, poneva in evidenza, sulla scia di quanto osservato dalla dottrina, *“l’insufficienza strutturale dell’impianto normativo soprattutto per quanto riguarda i momenti di trasmigrazione tra i diversi gradi di giudizio”*^[10], momenti nei quali le vicende relative alla notificazione possono porre, come in effetti accaduto nella fattispecie qui in esame, ulteriori problematiche. Il campo di indagine, almeno in ipotesi, coinvolge quindi, sul piano teorico, l’equilibrio tra diritto di difesa da garantire agli eredi della parte deceduta, nella loro qualità di “giusta parte” in forza dell’operare dell’istituto della successione nel processo, il diritto di azione da garantire al notificante che non abbia perfezionato l’iter di notificazione per causa non imputabile, l’operatività della fattispecie interruttiva per decesso della parte nelle fasi di migrazione tra un grado all’altro del giudizio, le conseguenze dell’intempestività incolpevole della notificazione dell’impugnazione e la possibilità o meno di consentire all’impugnante di notificare agli eredi della parte contumace deceduta impersonalmente e collettivamente.

Queste le norme che vengono in rilievo con riferimento alle vicende processuali ipotizzabili:

- **Art. 286 c.p.c.**, che attiene alla notificazione delle sentenze e dispone che, nel caso in cui la morte o la perdita di capacità della parte si verifichino dopo l’udienza di discussione, la notificazione della sentenza *“si può fare, anche a norma dell’art. 303, secondo comma, a coloro ai quali spetta di stare in giudizio”*, ovvero gli eredi, mentre in caso di morte del difensore la notifica deve essere rivolta alla parte personalmente;
- **Art. 300, commi 1-3, c.p.c.**, che disciplina la morte o perdita di capacità della parte avvenuta dopo la costituzione e dispone che l’interruzione del processo si avvera solo a condizione che tale evento sia notificato alle parti o dichiarato in udienza, ad eccezione della costituzione volontaria da parte degli eredi, mentre se la parte è costituita personalmente l’interruzione è automatica (come nell’ipotesi di morte, radiazione o sospensione del procuratore);
- **Art. 300, comma 4, c.p.c.**, che disciplina la morte o perdita di capacità della parte contumace e dispone che l’interruzione del processo si avvera solo a condizione che tale evento sia documentato dall’altra parte – ipotesi questa che è stata aggiunta ad opera dell’**art. 46 L. 69/2009** e

non è applicabile alla controversia su cui le Sezioni Unite si sono pronunciate – o sia notificato o sia certificato dall’ufficiale giudiziario nella relazione di notificazione di uno dei provvedimenti di cui all’**art. 292 c.p.c.**;

- **Art. 300, ultimo comma, c.p.c.** il quale dispone che nel caso in cui la morte o perdita di capacità della parte si siano verificate *“dopo la chiusura della discussione davanti al collegio”* tale evento *“non produce effetto”* (nel grado di giudizio in cui l’evento si verifica, visto il contenuto dell’**art. 286 c.p.c.**), ad eccezione del caso di riapertura dell’istruzione. Questa norma pone una difficoltà interpretativa non lieve con riferimento all’individuazione del momento temporale esatto, a seguito della innovazione operata dalla **legge 353/1990** alla fase decisoria davanti al collegio che ha soppresso l’udienza collegiale riservata alla discussione orale della causa (che è diventata subordinata ad una duplice espressa richiesta delle parti, come previsto dall’**art. 275, comma 2, c.p.c.**). Le Sezioni Unite, richiamando il precedente Cass. 9/06/2017, n. 14472, ritengono che tale termine debba intendersi riferito, ai sensi dell’attuale formulazione dell’**art. 190 c.p.c.**, alla scadenza dei termini per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.
- **Art. 303, comma 2, c.p.c.** che disciplina la riassunzione del processo ad opera della parte non colpita dall’evento e dispone che, in caso di morte della parte, la notificazione del ricorso *“entro un anno dalla morte”* possa essere fatta collettivamente e impersonalmente agli eredi, nell’ultimo domicilio del defunto;
- **Art. 328, commi 1 e 2, c.p.c.**, il quale disciplina il caso in cui la morte o la perdita di capacità della parte si verifichino durante la decorrenza del termine breve per l’impugnazione e prevede l’interruzione di tale termine, con decorso di uno nuovo dal momento in cui la notificazione della sentenza viene rinnovata, potendo tale rinnovazione essere fatta agli eredi collettivamente e impersonalmente nell’ultimo domicilio del defunto. L’ultimo comma della norma deve invece ritenersi inattuale in ragione della modifica apportata dall’**art. 46 L. 69/2009** all’**art. 327 c.p.c.**, che ha ridotto il termine (lungo) di decadenza a sei mesi.
- **Art. 330, commi 2, c.p.c.** che prevede la possibilità di notificare l’impugnazione agli eredi della parte *“deceduta dopo la notificazione della sentenza”* impersonalmente e collettivamente nel luogo in cui la parte abbia eletto do-

[10] Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2010, n. 2714, in Riv. dir. proc., 2010, 1156 ss., con nota di Ghirga, *Le Sezioni unite si pronunciano sul difficile equilibrio tra diritto di difesa e aspirazione al giudicato in materia di interruzione*.

micilio nell'atto di notificazione della sentenza ovvero presso il procuratore costituito o presso il domicilio eletto o la residenza dichiarata "per il" giudizio. Come si dirà meglio, la locuzione "*dopo la notificazione della sentenza*" è stata intesa dalla giurisprudenza come non riferita al momento di verifica del decesso, di talché la regola deve intendersi applicabile a prescindere dal momento di verifica del decesso dell'altra parte.

- **Art. 330, ultimo comma, c.p.c.**, il quale prevede che in caso di mancata elezione di domicilio o dichiarazione di residenza e, in ogni caso, quando sia trascorso più di un anno dalla pubblicazione della sentenza, l'impugnazione debba essere notificata alla parte personalmente (il caso di mancata elezione del domicilio o dichiarazione di residenza ovviamente include l'ipotesi di contumacia della parte).

3. Gli approdi della precedente giurisprudenza

L'analisi della questione da parte delle Sezioni Unite si muove da una capillare ricostruzione della giurisprudenza di legittimità rilevante, organizzata sulla base di un criterio misto cronologico-tematico. Senza richiamare singolarmente tutte le pronunce menzionate dalla sentenza, occorre focalizzarsi su taluni orientamenti che sono stati adottati nel tempo dal giudice di legittimità per cogliere la linea evolutiva delle tappe segnate dalla giurisprudenza e quindi la tenuta del principio che le Sezioni Unite hanno enunciato con riferimento al caso rimesso al loro esame. Il primo orientamento richiamato, attribuisce al termine di cui all'**art. 331 c.p.c.** natura perentoria, improrogabile anche in presenza di fatti riconducibili al caso fortuito o alla forza maggiore e, comunque, non imputabili alla parte né per colpa né per dolo e non sanabile con la tardiva costituzione della parte destinataria dell'integrazione del contraddittorio, ritenendo che la sanzione dell'inammissibilità per il caso di inosservanza di detto termine è stabilita per ragioni di ordine pubblico processuale (Cass. 18/06/1996, n. 5572; Cass. 26/02/2001, n. 2756, Cass. 4/06/2001, n. 7482; Cass. 29/4/2003, n. 6652; Cass. 29/11/2004, n. 22411; Cass. 28/07/2005, n. 15803; Cass. 27/03/2007, n. 7528). Il termine concesso per l'integrazione del contraddittorio deve infatti essere impiegato non solo per intraprendere il procedimento di notificazione, ma per portare a compimento tutte le even-

tuali indagini necessarie per rimediare alla iniziale pretermissione della parte dalla notificazione dell'impugnazione (Cass. 26/11/2008, n. 28223 e Cass. 20/01/2016, n. 891). Accanto a questa rigorosa interpretazione del termine **ex art. 331 c.p.c.** si è sviluppato un coevo orientamento che ha valorizzato il principio di vocazione soggettiva secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*, riconoscendo una regola "*di fisiologia e razionalità processuale*" che impone di pretendere dalle parti solo le condotte che, secondo la normale cura e diligenza, risultino effettivamente osservabili, in ossequio ai diritti di difesa e di parità delle armi di cui agli artt. 24, 111 Costituzione e 6 CEDU (Cass. 11626/1992; Cass. 13/7/1995, n. 7658; Cass. 15/07/2003, n. 11072; Cass. 6/02/2004, n. 2292). Su tale presupposto, questa giurisprudenza esclude dalla sanzione dell'inammissibilità delle impugnazioni le ipotesi in cui la parte fornisca puntuale dimostrazione di un fatto ad essa non imputabile per colpa o dolo che ha comportato l'inosservanza del termine originariamente assegnato per l'integrazione del contraddittorio **ex art. 331 c.p.c.**, ritenendo in questi casi di poter accogliere l'eventuale istanza di rimessione in termini avanzata, purché essa sia depositata prima dell'originario spirare del termine (Cass. 19/08/2003, n. 12179 e Cass. 11/4/2016, n. 6982). In questo variegato contesto giurisprudenziale sono intervenute, a definire un'ipotesi affine a quella qui in esame^[11], le Sezioni Unite con la sentenza del 21 gennaio 2005, n. 1238, assunta dall'ordinanza interlocutoria come possibile paradigma di cui avvalersi per la soluzione della questione rimessa. Superando i dubbi relativi all'operatività dell'istituto della rimessione in termini nelle fasi di impugnazione (tenuto conto che, nella formulazione vigente fino al 2009, la rimessione in termini era disciplinata all'**art. 184-bis c.p.c.** e dunque il suo ambito applicativo veniva limitato alle attività da compiere nelle fasi di trattazione) le Sezioni Unite hanno affermato che, in caso di morte del destinatario della notifica per integrazione **ex art. 331 c.p.c.**, al notificante debba essere assegnato un nuovo termine perentorio per il compimento della notificazione agli eredi della parte defunta. E ciò in quanto addebitare al notificante gli effetti negativi (*i.e.* inammissibilità **ex art. 331 c.p.c.** dell'impugnazione) dell'inosservanza del termine dovuta ad un evento che egli non era tenuto a conoscere e di cui viene messo al corrente so-

[11] Nella pronuncia del 2005, l'ordine di integrazione del contraddittorio proveniva dalla medesima Corte di cassazione (e non dal giudice di merito, come nella fattispecie sottesa all'ordinanza in esame) a seguito di ricorso avverso una sentenza emessa dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

lo a seguito della recezione della relata di notifica negativa dell'ufficiale giudiziario risulterebbe contrario al principio di ragionevolezza e alle garanzie costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Costituzione, non potendosi equiparare l'inerzia prevista dall'art. 331, comma 2, c.p.c., con il tempestivo compimento del procedimento notificatorio, seppure non perfezionato, e non potendosi ammettere la compressione del diritto di difesa (*recte*, azione) alla parte che, pur attivandosi tempestivamente, non riesca a compiere l'attività prescritta dal giudice nel termine da questi fissato per una causa ad essa non imputabile. L'intervento nomofilattico ha dato seguito *expressis verbis* alle pronunce della Corte Costituzionale 26 novembre 2002, n. 477 e 23 gennaio 2004, n. 28 in tema di notificazione degli atti[12], con le quali è stato consacrato il principio che già pervadeva la giurisprudenza di legittimità[13] - della scissione per taluni effetti (processuali, e, a seguito di un posteriore intervento del giudice di legittimità, in parte anche sostanziali[14]) del momento perfezionativo della notifica per notificante e notificato, poi codificato con l'introduzione, ad opera del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51, del terzo comma dell'art. 149 c.p.c.

Nella disamina condotta dalle Sezioni Unite del 2005, peraltro, è stata esclusa l'operatività dell'art. 328 c.p.c. in quanto "tale norma riguarda una diversa fattispecie",

cioè l'interruzione del termine breve per l'impugnazione e "concerne, dunque, la fase successiva alla notificazione della sentenza, fase nella quale l'impugnazione deve essere promossa, mentre l'art. 331 c.p.c. presuppone che l'impugnazione sia stata tempestivamente proposta ma che, stante la sussistenza di un litisconsorzio necessario (sostanziale o processuale), il contraddittorio debba essere integrato".

Due anni dopo, con la sentenza del 28 novembre 2007, n. 24762, la Cassazione ha ritenuto meritevole di accoglimento l'istanza di rimessione in termini proposta dal notificante che alleggi l'impossibilità di integrare il contraddittorio nel termine assegnato ex art. 331 c.p.c. nei confronti degli eredi della parte contumace deceduta da oltre un anno (ritenendo evidentemente di non poter notificare impersonalmente e collettivamente a costoro).

Nel 2009 tornano a pronunciarsi le Sezioni Unite, con la sentenza del 24 luglio 2009, n. 17352, in materia di notificazione tardiva in un caso in cui la notificazione dell'impugnazione di una pronuncia del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche era avvenuta oltre il termine lungo a causa del trasferimento dell'avvocato presso cui si era eletto domicilio, essendo stata effettuata tempestivamente ma all'indirizzo sbagliato, e così rinnovata all'indirizzo corretto, ma tardivamente rispetto al termine ex art. 327 c.p.c.[15].

[12] Corte Cost., 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro It.*, 2003, I, 13, con nota di Caponi, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze dei terzi* e Corte Cost. 23 gennaio 2004, n. 28, che ha esteso il principio affermato dalla precedente pronuncia alle notificazioni eseguite a mezzo ufficiale giudiziario, in *Foro It.*, 2004, I, 645, con nota di Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della Corte Costituzionale)*.

[13] Dalle più risalenti pronunce era chiara la finalità di superare la concezione essenzialmente unitaria attribuita dal legislatore alla notificazione affermando che il perfezionamento differito doveva necessariamente riguardare il solo soggetto destinatario, mentre per notificante la notifica si sarebbe dovuta considerare perfezionata solo col compimento delle formalità di legge: v. Cass. 19 giugno 1962 n. 1559; Cass. 10 aprile 1970; Cass. 26 agosto 1971; Cass. 16 luglio 1975, n. 2797.

[14] Ci si riferisce alla prescrizione: al riguardo, si segnalano Cass. 19 agosto 2009, n. 18399, ove si afferma che "Sarebbe infatti del tutto irrazionale scindere gli effetti processuali e quelli sostanziali della domanda statuendo che i primi si producono dal momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario e i secondi dal momento della ricezione dello stesso da parte del destinatario. Pertanto, ai fini della tempestività dell'interruzione della prescrizione (ai sensi dell'art. 2943, 1° co., c.c.), occorre avere riguardo non già al momento in cui l'atto viene consegnato al destinatario, ma a quello antecedente in cui esso è stato affidato all'Ufficiale Giudiziario, il quale poi lo ha notificato ricorrendo al servizio postale", in *Obbl. e Contr.*, 2010, 811 ss., con nota di Follieri, *L'interruzione della prescrizione: recettività e momento perfezionativo della notifica*; sul punto sono poi intervenute le Sezioni Unite con sentenza 9 dicembre 2015, n. 24822, stabilendo che "La regola della scissione degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario si estende anche all'effetto sostanziale dell'interruzione della prescrizione del diritto fatto valere con la domanda giudiziale ove possa conseguirsi solo con l'esercizio dell'azione, conseguendone che l'interruzione si verifica in virtù della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario", in *Riv. dir. proc.*, 2016, 3, 882 ss., con nota di Mancuso, *Capacità espansiva del principio di scissione degli effetti della notificazione*.

[15] Al riguardo, le Sezioni Unite, richiamando una loro pronuncia di poco precedente (Cass. sez. un., 18 febbraio 2009, n. 3818) chiariscono anche che "nel caso di difensore che svolga le sue funzioni nello stesso circondario del Tribunale a cui egli sia professionalmente assegnato, è onere della parte interessata ad eseguire la notifica accertare, anche mediante riscontro delle risultanze dell'albo professionale, qua-

Richiamando una precedente pronuncia delle medesime Sezioni Unite 2006[16] (seguita da ulteriori pronunce a sezione semplice[17]) nella quale era stato affermato che gli stessi principi posti alla base della scissione degli effetti della notifica (artt. 3 e 24 Costituzione, contemperamento degli interessi delle parti coinvolte, principio di ragionevolezza) giustificavano una interpretazione costituzionalmente orientata anche nell'ipotesi di incolpevole mancato esito del procedimento notificatorio, si è così rilevato che le esigenze di continuità e speditezza che caratterizzano il procedimento di notificazione – in quanto fattispecie a formazione progressiva connotata da una sequenza diacronica di atti produttivi di effetti disallineati sotto il profilo temporale per mittente e destinatario – sarebbero contraddette laddove, tramite l'istituto della rimessione in termini, venisse richiesto al notificante di ricorrere al giudice per porre rimedio agli effetti negativi della tardività del perfezionamento della notificazione. E ciò anche nell'ottica di una interlocuzione necessaria e fisiologica tra notificante e ufficiale giudiziario, potenzialmente idonea a fornire *“sostanziale unità al procedimento quando, dopo che una prima fase del procedimento non abbia avuto positiva conclusione per l'accertata mancata corrispondenza della situazione di fatto a quella indicata dall'istante, quest'ultimo fornisca ulteriori indicazioni ai fini del perfezionamento della notificazione”*.

Il giudice di legittimità, dunque, include il principio di ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Costituzione) nel novero delle garanzie che sorreggono la logica delle regole in tema di notificazioni e ne trae la ratio per sostenere che *“la necessità di una previa costituzione in giudizio per la richiesta di un provvedimento giudiziale sulla rinnovazione della notificazione comporta un rilevante allungamento dei tempi del giudizio, oltre che un appesantimento delle procedure”*.

Viene così enunciato il principio di diritto secondo cui, in

caso di mancato perfezionamento dell'iter notificatorio in un termine perentorio per causa non imputabile al notificante, questi ha la facoltà e l'onere di chiedere la ripresa del procedimento di notificazione entro un termine ragionevole per salvare la retrodatazione degli effetti della notifica come elaborata dal principio di scissione. La ragionevolezza del termine si ricava, a detta delle Sezioni Unite, dai tempi necessari che la prassi e la comune diligenza richiedono per conoscere degli esiti di una notificazione e fornire le informazioni ulteriori necessarie per la sua ripresa.

L'opportunità di coinvolgimento del giudice viene così confinata ai casi in cui la semplice ripresa del procedimento notificatorio comporterebbe la violazione di prescrizioni normative diverse dall'osservanza del termine, come in caso di *“necessità di ottenere una nuova fissazione dell'udienza ai fini del rispetto dei termini di comparizione”* (Cass. 3818/2009).

Le pronunce successive a tale intervento hanno fatto applicazione del principio così enunciato[18] anche per le ipotesi di tardività della notificazione dovuta al decesso del destinatario della notifica (Cass. 6/06/2012, n. 9114).

L'“onere processuale” di ripresa del procedimento notificatorio viene ulteriormente sviluppato dalla successiva pronuncia del 15 luglio 2016, n. 14594, con cui le Sezioni Unite, tornando ad occuparsi del tema della tardività della notificazione dell'impugnazione dovuta al trasferimento del procuratore presso cui la parte aveva eletto domicilio, perfezionatasi oltre il termine lungo di un anno ex art. 327 c.p.c. vigente *ratione temporis*, dopo aver escluso l'imputabilità della tardività alla notificante[19], affermano che *“dal sistema sia anche desumibile un limite massimo del tempo necessario per riprendere e completare il processo notificatorio relativo alle impugnazioni, una volta avuta notizia dell'esito negativo della prima richiesta. Tale termine può essere fissato in misura pari alla metà del tempo in-*

le sia l'effettivo domicilio professionale del difensore, con la conseguenza che non può ritenersi giustificata l'indicazione nella richiesta di notificazione di un indirizzo diverso, ancorché eventualmente corrispondente a indicazione fornita dal medesimo difensore nel giudizio non seguita da comunicazione nell'ambito del giudizio del successivo mutamento”; indirizzo da ultimo ribadito da Cass. 28 febbraio 2019, n. 5997.

[16] Cass. Sez. Un., 4 maggio 2006, n. 10216.

[17] Cass. 21 novembre 2006, n. 24702, in *Foro It.*, 2008, I, 889; Cass. 19 marzo 2007, n. 6360, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3; Cass. 12 marzo 2008, n. 6547, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 402.

[18] V. Cass. 30 settembre 2011, n. 19986 la quale onera il notificante di riattivare il procedimento di notificazione con *“sollecita diligenza”*; Cass. 26 marzo 2012, n. 4842, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, 404; Cass. 11 settembre 2013, n. 20830; Cass. 19 novembre 2014, n. 24641; Cass. 25 settembre 2015, n. 19060; Cass. 26 settembre 2018, n. 23007.

[19] In quanto il difensore domiciliatario, esercente l'attività fuori dal proprio circondario, non aveva provveduto a comunicare il mutamento del proprio indirizzo: v. *supranota* 20.

dicato per ciascun tipo di atto di impugnazione dall'art. 325 c.p.c.”[20], fatta salva la possibilità di provare che tale termine non sia stato sufficiente per le particolari e specifiche difficoltà incontrate nella rinnovazione della notifica[21]. L'approccio adottato dalle Sezioni Unite Corte è stato, più che nomofilattico, di vera e propria creazione legislativa, giustificata dall'obiettivo di fornire una soluzione certa e prevedibile e porre fine alle asimmetriche applicazioni del principio precedentemente enunciato, così promuovendo una risposta di giustizia più equa e prevedibile[22]. Tale approdo è positivamente valutato dalle odierne Sezioni Unite, che ritengono “agevole” per la parte provvedere in tempi ragionevoli, a prescindere dall'ordine del giudice, tenuto conto dell'evoluzione dei mezzi informatici e tecnologici, che consentono di ridurre notevolmente i tempi per le ricerche necessarie alla notificazione, tramite la consultazione online di albi e pubblici elenchi e per il compimento delle notificazioni in forma telematica.

La sentenza in esame, però, sottolinea due limiti delle pronunce delle Sezioni Unite del 2009 e 2016: il primo è che tali pronunce sono state rese in caso di ripresa di procedimenti notificatori nei confronti di soggetti già individuati e non dei successori della parte deceduta; il secondo è legato alla possibilità, che deve pur sempre essere consentita al notificante, di fornire la prova dell'insufficienza del termine pari alla metà di quello individuato dall'art. 325 c.p.c.

Le Sezioni Unite si propongono quindi di verificare la tenuta di tali principi anche all'ipotesi di inosservanza del termine dovuto alla presenza di una fattispecie interrutti-

va del processo e specifica che la questione si pone nei medesimi termini sia in caso di notificazione effettuata verso alcuni dei soggetti con pretermissione di altri, sia in caso di esatta individuazione dei soggetti passivi ma mancato o tardivo perfezionamento della notificazione dell'impugnazione nei confronti di uno o alcuni di essi, rilevando come, in tali ipotesi, tra il principio della regolare costituzione del contraddittorio (art. 111 c.p.c.) e quello della ragionevole durata del processo (art. 111 Costituzione), entrambi afferenti al giusto processo, sia il primo a prevalere.

A completamento della ricostruzione giurisprudenziale, viene richiamata la pronuncia delle Sezioni Unite, 4 luglio 2014, n. 15295, con cui è stato consacrato il principio dell'ultrattività mandato alla lite del difensore (munito di procura alle liti valida anche per gli ulteriori gradi di giudizio) nel caso di verifica di uno degli eventi di cui all'art. 299 c.p.c., secondo cui, se l'evento non è stato dichiarato o notificato ai sensi dell'art. 300 c.p.c. il difensore continua a rappresentare la parte come se l'evento non si sia verificato sia nella fase attiva del processo, che nelle fasi di quiescenza e di impugnazione, ferme restando le possibilità di costituzione degli eredi della parte deceduta o del rappresentante dell'incapace e di dichiarazione o notificazione dell'evento da parte del procuratore o di applicazione nei successivi gradi di giudizio della previsione dell'art. 300, comma 4, c.p.c. in caso di contumacia. Di conseguenza, la notificazione della sentenza ai fini del decorso del termine breve per impugnare potrà essere eseguita nei confronti del difensore della parte deceduta

[20] Il ragionamento delle Sezioni Unite è che se i termini ex art. 325 c.p.c. sono stati ragionevolmente stabiliti per concepire, redigere e notificare l'atto di impugnazione, la loro metà deve ritenersi più che sufficiente per il compimento della sola ultima attività di notificazione.

[21] Tra le pronunce successive che, aderendo alle Sezioni Unite, applicano il principio *de quo*, v., *ex multis*, Cass. 28 novembre 2017, n. 28388, la quale estende il principio anche ai termini previsti per il procedimento notificatorio delle sanzioni amministrative regolate dal d.lgs. 285 del 1992 (Codice della strada), in *De Jure*, con nota di Summa, *Per 'salvare' il termine di una notifica non andata a buon fine il notificante deve essere diligente e tempestivo*; Cass. 5 aprile 2018, n. 8445, in *De Jure*; Cass. 24 ottobre 2018, n. 26915, ove si osserva che “la ripresa del procedimento notificatorio è rimessa alla parte istante e deve escludersi la possibilità di chiedere una preventiva autorizzazione del giudice, vuoi perché questa sub-procedura allungherebbe ulteriormente i tempi processuali, vuoi perché non sarebbe ‘neanche utile al fine di avere una previa valutazione certa circa la sussistenza delle condizioni per la ripresa del procedimento di notificazione, in quanto si tratterebbe solo di una valutazione preliminare effettuata(...) in assenza del contraddittorio con la parte interessata’ (precisazione questa operata, modificando precedente indirizzo, da Cass. Sez. U. 24/07/2009, n. 17352)”, in *De Jure*, con nota di Papanice, *Tempestività della rinnovazione della notifica del ricorso in Cassazione*.

[22] La posizione assunta dalle Sezioni Unite deve ritenersi “senz'altro coraggiosa laddove sembra sostituirsi al legislatore nell'indicare precisamente tale termine, a differenza di quanto era avvenuto nella giurisprudenza precedente” potendo “apparire, prima facie, espressione della tendenza, talvolta manifestata negli ultimi anni, dalla nostra S.C. a trasformarsi in una Corte del precedente, alla medesima stregua delle Corti dei sistemi processuali di *common law*”, Giordano, *Le Sezioni Unite precisano il termine entro il quale deve essere rinnovata la notifica non andata a buon fine*, in *De Jure*.

o divenuta incapace, il quale, se munito di procura alle liti valida per gli altri gradi del processo, e sempre ad eccezione del giudizio di cassazione che richiede il conferimento di una procura speciale, potrà impugnare la sentenza senza disvelare l'accadimento dell'evento, ritenendosi, ai fini del processo, che la parte colpita da detto evento sia ancora in vita o capace; nel caso inverso, al procuratore della parte deceduta o colpita dall'evento può essere validamente notificata l'impugnazione, anche se l'impugnante abbia *aliunde* avuto conoscenza della morte o perdita di capacità dell'altra parte. Uno degli argomenti utilizzati dalle Sezioni Unite per avvalorare la tesi dell'ultrattività del mandato (che peraltro esse ritengono essere pienamente conforme alle regole civilistiche dettate per il contratto tipico di mandato) risiede proprio nella circostanza che al difensore della parte il legislatore abbia specificatamente attribuito il potere di determinare o meno l'interruzione del processo con la dichiarazione o notificazione dell'evento, ritenendosi in caso contrario che egli debba continuare a rappresentare le ragioni della parte come se fosse ancora in vita o capace.

Non è la sede per effettuare una compiuta disamina di questo fondamentale arresto delle Sezioni Unite, che ha posto fine ad un annoso dibattito sul tema, risolvendo questioni pratiche di non scarso rilievo. Sul punto, meritano un cenno pronunce di legittimità precedenti a quella del 2014, pur non richiamate dalla sentenza delle Sezioni Unite, che si sono espresse in senso estensivo sull'[art. 330, comma 2, c.p.c.](#) relativo al luogo di notificazione dell'impugnazione in caso di decesso dell'altra parte. Con la sentenza 7 febbraio 2007, n. 2598[23], sette anni prima della "consacrazione" dell'ultrattività del mandato del difensore della parte defunta, il giudice di legittimità, adoperando congiuntamente il criterio letterale e quello teleologico per l'interpretazione dell'[art. 330 cpv. c.p.c.](#), ha affermato che la *ratio* di tale norma deve essere individuata nella agevolazione dell'impugnante per l'esercizio sollecito[24] del proprio diritto, senza onere di individuazione *singulatim* degli eredi. La

norma è stata quindi letta nel senso che la notificazione dell'impugnazione agli eredi della parte defunta impersonalmente e collettivamente deve essere consentita anche nei casi in cui il decesso si è verificato prima della notificazione della sentenza (*"evidentemente dal difensore della parte deceduta senza indicazione degli eredi"*). Nel 2009, invece, con la sentenza [16 dicembre 2009, n. 26279](#), le Sezioni Unite, accogliendo la concezione chiovendana del processo, secondo cui l'apertura di ciascun grado di giudizio pone le parti nello stesso stato in cui esse si trovavano prima della proposizione della domanda, con l'onere di dover conoscere la condizione di colui con il quale intende contrarre il rapporto processuale, sottolineano che il soccombente, al quale il decesso non è stato comunicato mediante la notificazione della sentenza e lo ignora senza colpa, dispone di almeno un anno, per poter verificare se eventualmente la parte vittoriosa non sia più in vita, accertamento agevolmente effettuabile mediante la consultazione dei registri di stato civile. Viene così enunciato il principio per cui l'atto di impugnazione della sentenza, nel caso di morte della parte vittoriosa, deve essere rivolto e notificato agli eredi, indipendentemente sia dal momento in cui il decesso è avvenuto, sia dalla eventuale ignoranza dell'evento, anche se incolpevole, da parte del soccombente. Ma l'anno successivo, accogliendo l'apertura già prospettata nel 2007, le Sezioni Unite con la sentenza del [18 giugno 2010, n. 14699\[25\]](#), affermando che *"la citazione collettiva ed impersonale (...) comporta un'evidente facilitazione per l'impugnante (...) giustificata logicamente dall'esigenza di evitare all'impugnante di effettuare lunghe e complesse indagini volte all'esatta individuazione degli eredi. Peraltro l'individuazione del luogo di notifica nell'ultimo domicilio del defunto – che coincide con il luogo di apertura della successione – fornisce adeguata assicurazione in ordine alla probabilità che gli eredi vengano a conoscenza della proposta impugnazione"*. Eccezione a tale principio, a detta delle Sezioni Unite, che richiamano il precedente Cass. [15 maggio 2009, n. 11315](#), si rinviene nell'i-

[23] Pres. Vittoria – Rel. Frasca, in *NGCC*, 2007, I, 1078 ss., con nota di Bonomi, *Validità della notifica dell'impugnazione eseguita collettivamente e impersonalmente agli eredi della parte defunta: superamento di annosi contrasti nella giurisprudenza di Cassazione*.

[24] Sollecito ma non tempestivo, specifica il giudice di legittimità, atteso che, se l'evento morte si verifica nel corso del termine breve di cui all'[art. 325 c.p.c.](#), tale termine è interrotto ai sensi dell'[art. 328 c.p.c.](#); e ciò sia nell'ipotesi in cui l'evento colpisca chi effettua la notificazione, sia nel caso in cui l'evento riguardi l'impugnante. La S.C. richiama sul punto la precedente sentenza delle Sezioni Unite [n. 11394 del 1996](#), a quale aveva specificato che l'*"interruzione dell'art. 328 c.p.c. doveva piuttosto essere letta come "perdita di efficacia della notificazione della sentenza quale atto induttivo della decorrenza del termine breve"*.

[25] Pres. Carbone – Rel. Mazziotti di Celsio, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 154 ss., con nota di Ghirga, *Nuovo intervento delle Sezioni Unite sulle lacunose norme che regolano il processo in caso di morte di una delle parti*.

potesi di contumacia o di costituzione personale della parte senza dichiarazione di residenza o elezione di domicilio, poiché, dovendo la notificazione dell'impugnazione essere eseguita personalmente a norma dell'[art. 330, ultimo comma, c.p.c.](#), in caso di decesso tale notifica deve essere eseguita nei confronti dei singoli eredi *nominatim*, e ciò indipendentemente dalle circostanze relative al momento del decesso e all'avvenuta notifica della sentenza. Questa della contumacia, del resto, sembra essere una questione valutata specificatamente dalle odierne Sezioni Unite, tanto da limitare l'enunciazione del principio di diritto alla sua ricorrenza, seppure non altrettanto valorizzata dall'ordinanza interlocutoria.

4. La continuità dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nel 2009 e l'applicazione in via analogica dell'[art. 328 c.p.c.](#)

Le Sezioni unite sottolineano come l'ultimo comma dell'[art. 300 c.p.c.](#), disponendo l'irrelevanza dell'evento interruttivo verificatosi o notificato dopo la discussione, costituisce un ponte tra la diversa operatività dell'istituto dell'interruzione nella fase attiva del processo, in cui esso incide nel processo, ponendolo in una situazione di stasi, e nelle fasi di quiescenza e riattivazione del processo tramite l'impugnazione, in cui l'interruzione incide sui termini (come si evince dagli artt. [286](#), [328](#) e [330 c.p.c.](#)). Si tratta in sostanza, non di un medesimo istituto diversamente operativo, quanto di due istituti differenti per natura, in quanto l'interruzione del processo preclude la possibilità di svolgere attività processuale, mentre l'interruzione dei termini concede un allungamento del termine entro il quale compiere le attività, come emerge chiaramente dal dettato dell'[art. 328 c.p.c.](#) Nel richiamarne il contenuto relativo all'interruzione del termine breve per impugnare, le Sezioni Unite confermano l'applicabilità della norma anche al caso di contumacia. La Corte di legittimità afferma allora che non vi è ragione per non estendere l'applicazione di tale norma ai termini assegnati *ex art. 331 c.p.c.*, atteso che anche questa disposizione mira a garantire la formazione del giudicato e l'effettività del contraddittorio, ritenendo, sulla scorta della giurisprudenza che ha affermato l'irrelevanza del momento di verificazione dell'evento, che l'[art. 328 c.p.c.](#) operi anche nelle ipotesi in cui il decesso si sia verificato prima della notificazione della sentenza, anche durante alla fase attiva del processo (laddove non dichiarato o notificato, documentato o certificato dall'ufficiale giudiziario), in quanto la logica che informa l'interruzione è quella della conoscenza dell'evento e non del suo mero accadimento. La soluzione fornita viene informata alla logica costituzionale del-

le "pari condizioni processuali", dal punto di vista dello stato soggettivo dell'impugnante incolpevolmente tardivo e degli eredi titolari del diritto costituzionale di difesa.

5. Ultrattività del mandato e contumacia della parte quali fattori rilevanti per lo spiegarsi delle regole processuali

A questo punto è evidente la virata compiuta dalle Sezioni Unite rispetto all'itinerario tracciato dall'ordinanza interlocutoria, che aveva impostato la questione sui profili soggettivi relativi alla notificazione e alla connessa possibilità di rimessione in termini, mentre le Sezioni Unite hanno posto al centro della questione l'istituto dell'interruzione dei termini.

Sebbene le Sezioni Unite non trattino espressamente il distinguo tra decesso della parte costituita e decesso della parte contumace, l'applicazione del principio di ultrattività del mandato alle liti postula che, in assenza di dichiarazione o notificazione della morte della parte dal suo difensore, tanto nel primo grado di giudizio quanto nelle successive fasi di quiescenza e riattivazione del processo, il mandato di costui, laddove originariamente esteso a più gradi del giudizio, mantiene la propria efficacia senza la verifica di alcun fenomeno interruttivo; mentre, nell'ipotesi di parte contumace, non trovando applicazione il summenzionato principio, ed applicandosi la previsione dell'[art. 330, ultimo comma, c.p.c.](#), la notificazione dovrebbe essere effettuata personalmente ai successori. Oltretutto, la certificazione dell'ufficiale giudiziario dell'avvenuto decesso della parte destinataria della notifica *ex art. 331 c.p.c.* (per quanto tale ipotesi non sia contemplata dall'[art. 292 c.p.c.](#)), costituisce ipotesi interruttiva, a questo punto diremmo, non del processo ([art. 300 c.p.c.](#)), ma dei termini ([art. 328 c.p.c.](#)). Questa differenza di disciplina desta però alcuni dubbi.

Primo: se nelle ipotesi di morte della parte costituita le Sezioni Unite hanno ritenuto valida la notificazione dell'impugnazione eseguita, a prescindere dal momento del decesso, impersonalmente e collettivamente nel luogo di apertura della successione (Cass. Sez. Un., [18 giugno 2010, n. 14699](#)), ossia l'ultimo domicilio del defunto, che di norma diverge con quello eletto per il giudizio, e ciò in deroga alle disposizioni dell'[art. 330, cpv., c.p.c.](#) (che invece menziona come luoghi della notificazione il domicilio eletto nell'atto di notificazione, il procuratore costituito, o il domicilio eletto o la residenza dichiarata), dovrebbe assumersi che, nell'ottica estensiva che la giurisprudenza di legittimità continua ad adottare, tale principio possa ragionevolmente essere esteso anche al caso di morte contumace, sempre al fine di "agevolare il drit-

to di impugnazione”[26], consentendo di garantire l’effettività del contraddittorio e un sollecito compimento della procedura di notificazione (inevitabilmente facilitata dalla possibilità per il notificante di individuare il luogo di apertura della successione del *de cuius* anche tramite una consultazione anagrafica), rispettoso del “dogma” della ragionevole durata del processo.

Tale soluzione, del resto, rischia di divenire del tutto residuale nelle ipotesi di ultrattività del mandato del difensore ad eccezione, con riferimento alla parte costituita deceduta, delle ipotesi di dichiarazione o notificazione del decesso effettuata dopo il termine delle attività *ex art. 190 c.p.c.* in primo grado[27].

Secondo: l’applicazione dell’*art. 328 c.p.c.* alla fattispecie rimessa alle Sezioni Unite, per quanto appaia ragionevolmente volta ad agevolare la parte nell’esercizio del proprio diritto di impugnazione, in continuità con i principi consacrati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittima degli ultimi 15 anni, non può definirsi tecnicamente “analogica” nel senso che essa viene impiegata per regolare “casi simili o materie analoghe” (*art. 12 Preleggi*). Qui la similitudine della fattispecie invero sembra mancare, in quanto la norma regola l’atto della notificazione della sentenza volto a far decorrere il termine breve e non già la notificazione dell’impugnazione (*recte*, notificazione dell’impugnazione a seguito di ordine di integrazione del contraddittorio) da compiere entro un termine perentorio, che attiene ad un momento diverso della fase di riattivazione del processo; l’*art. 328 c.p.c.* dispone che il nuovo termine discende dalla rinnovazione di un atto già compiuto (che potrebbe anche non verificarsi), mentre le Sezioni Unite predicano l’automatismo del decorso del nuovo termine, così spingendosi oltre il confine dell’applica-

zione analogica di una norma. Oltretutto, per quanto l’*art. 328 c.p.c.* sia stato ritenuto applicabile al caso di decesso di qualunque parte, vittoriosa e soccombente, la logica di fondo sembra essere quella di agevolare gli eredi della parte soccombente nella conoscenza della causa in un termine ragionevole per poter predisporre una eventuale difesa, mentre la questione sottoposta alle Sezioni Unite origina da una esigenza diametralmente opposta, ossia quella di consentire all’impugnante di individuare i successori della parte defunta a cui notificare la propria impugnazione. Il principio di diritto contempla l’applicazione dell’*art. 328 tout court*, ma in effetti il contenuto della disciplina richiamata sembra essere limitato al primo comma della disposizione; non viene specificato se anche il secondo comma, relativo alla possibilità di notificazione collettiva e impersonale agli eredi, trovi pari applicazione analogica.

In conclusione, l’ordinanza interlocutoria, collocando l’ipotesi dell’*art. 331 c.p.c.* al di fuori delle lacunose previsioni normative in tema di interruzione del processo ai sensi dell’*art. 299 ss. c.p.c.*, aveva incentrato l’esame alle questioni relative ai profili temporali e soggettivi della notificazione, come costituzionalmente interpretati e integrati, fornendo l’occasione per esprimere un principio di “proroga del termine” ontologicamente diverso ma sostanzialmente analogo, quanto a soddisfazione dell’interesse concreto del notificante, a quello oggi enunciato. Se le Sezioni Unite avessero seguito l’itinerario così delineato, avrebbero potuto garantire eguale tutela al notificante, sottraendo la soluzione fornita alle difficoltà di collaudando poste dall’interazione tra le norme in tema di interruzione e i correttivi giurisprudenziali che via via si appalesano necessari per l’integrazione delle stesse.

[26] L’individuazione del luogo presso il quale effettuare la notificazione dell’atto di impugnazione in quello dell’ultimo domicilio del defunto, secondo le Sezioni Unite fornisce adeguata assicurazione in ordine alla probabilità che gli eredi ne vengano a conoscenza, M. F. Ghirga, *Nuovo intervento*, cit., 169.

[27] Se la dichiarazione o notificazione dell’evento avviene prima, infatti, il processo si interrompe con applicazione degli artt. 302 ss. c.p.c.).

VENDITA FORZATA IMMOBILIARE

L'effetto purgativo della vendita forzata immobiliare: le formalità cancellabili su ordine del Giudice dell'Esecuzione

di Elena Briganti

DEL 16 LUGLIO 2019

Sommario

1. L'effetto purgativo della vendita forzata immobiliare. Il contenuto dell'ordine di cancellazione e gli aspetti pratici della annotazione dei gravami
2. Le formalità cancellabili su ordine del Giudice dell'Esecuzione
3. Le formalità non cancellabili

1. L'effetto purgativo della vendita forzata immobiliare. Il contenuto dell'ordine di cancellazione^[1] e gli aspetti pratici della annotazione dei gravami

L'effetto purgativo della procedura esecutiva immobiliare è uno degli risultati tipici della vendita forzata, che si realizza mediante l'ottenimento della liberazione dell'immobile da tutte le trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli cancellabili, mediante l'ordine del Giudice dell'Esecuzione contenuto all'interno del Decreto di Trasferimento. Tale effetto è da considerarsi uno strumento utile sotto una duplice veste: favorisce, innanzitutto, la vendita del cespite al miglior prezzo (libero da pesi è, difatti, chiaramente da considerarsi più appetibile) e, inoltre, permette una libera circolazione del bene, senza che questo possa prestare il fianco a nuove procedure esecutive a carico dell'aggiudicatario^[2].

Tale effetto estintivo, che deriva dall'emissione del Decreto di Trasferimento, è previsto espressamente, seppur non

così qualificato, all'[art. 586 c.p.c.](#), ove il legislatore impone che: *“avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può [...] pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita e ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assunte dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento [...]”*.

Per ciò che concerne le concrete modalità di attuazione di tale previsione, il Decreto dovrà, quindi, contenere l'ordine di cancellazione dette formalità pregiudizievoli che dovrà essere rivolto al Conservatore dei Pubblici Registri Immobiliari territorialmente competente.

Inoltre, nell'ordine dovrà essere formulata una sistemati-

[1] Più precisamente, ciò che in effetti viene fatto, non è cancellare i gravami preesistenti. L'operazione tecnicamente consiste nell'annotare la cancellazione sulla formalità originaria, che non verrà cancellata nel vero senso della parola, ma verrà ristretta rispetto agli immobili oggetto di vendita immobiliare. Anche qualora questi sono gli unici oggetto della formalità di riferimento, non si avrà mai, a mezzo Decreto di Trasferimento, una cancellazione totale della stessa, bensì una annotazione di cancellazione, quindi, una restrizione.

[2] Questo potrebbe in effetti accadere, in assenza dell'effetto purgativo, perché l'acquisto a mezzo vendita forzata, secondo la corrente giurisprudenziale dominante e ai sensi dell'[art. 2919 c.c.](#), è un trasferimento a titolo derivativo. L'acquirente, nonostante la particolarità dell'acquisto, ove, difatti, il trasferimento non è ad opera e discrezione del soggetto venditore/debitore, ma, al contrario, è opera dello Stato nel rispondere all'esigenza di soddisfacimento dei creditori, acquista il bene a titolo derivativo come ogni altro acquirente volontario a titolo oneroso, subentrando in tutti i diritti che spettavano al debitore.

ca elencazione delle formalità pregiudizievoli di cui si richiede la cancellazione, con l'esatta indicazione del tipo di formalità, del luogo di iscrizione/trascrizione, del giorno in cui essa è avvenuta, nonché il numero di registro particolare e generale della formalità di riferimento[3].

È opportuno accennare che, qualora, per una svista, il Giudice dell'Esecuzione abbia ommesso o abbia errato l'indicazione di una formalità da cancellare o, ancora, abbia totalmente ommesso tale formalità, sarà necessario un provvedimento di integrazione o di rettifica del decreto emesso, su istanza di chiunque ne abbia interesse.

Sempre per ciò che concerne gli aspetti pratici dell'effetto purgativo e premesso che questa attività viene, nella prassi, materialmente effettuata dal Professionista Delegato alle vendite[4], occorre accennare all'onere delle spese di cancellazione.

Tali spese, per ciò che attiene ai costi vivi, riguardano le imposte ipotecarie, le tasse ipotecarie e i bolli. L'[art. 591 bis c.p.c.](#) stabilisce, a tal riguardo, che le spese conseguenti alla cancellazione dei gravami devono, di norma, essere poste a carico della procedura e collocate in prededuzione nel piano di riparto. Ciò, chiaramente, a tutela anche dell'aggiudicatario che, così facendo, non è gravato ingiustamente dalle spese concernenti l'esecuzione immobiliare, di cui è estraneo.

È possibile che, tuttavia, rare volte, il Giudice possa disporre quale condizione di vendita, che tali spese siano poste a carico del futuro aggiudicatario[5]. Ciò solitamente accade al fine di poter più celermente provvedere alla distribuzione del ricavato dalla vendita immobiliare. Tuttavia, questa soluzione non appare molto condivisibile, sia perché non appare ragionevole porre a carico dell'aggiudicatario spese di cancellazione gravami a lui non riferibili e riguardanti, al contrario, la procedura esecutiva, ma soprattutto alla luce del fatto che il futuro aggiudicatario, nel momento in cui manifesta l'interesse verso l'immobile certo vuole prospettarsi il possibile esborso.

Considerando che i dati del debitore (così come, chiaramente, il numero ed il valore delle formalità pendenti a

suo carico) di regola, non devono essere accessibili al pubblico, egli non riuscirà agevolmente a quantificare i costi delle cancellazioni che, tra l'altro, sono solitamente considerevoli e, a questo punto, vi è il rischio che perda interesse all'acquisto del cespite.

Per ciò che, infine, concerne le tempistiche, ci si è chiesto se, ai fini della presentazione delle cancellazioni alla Conservatoria, ad opera del Professionista Delegato, sia necessaria la definitività del decreto.

La risposta è fatta dipendere dalla prassi applicata dalla Conservatoria territorialmente competente.

Alcuni conservatori, alla luce di quanto disposto dall'[art. 2884 c.c.](#), per il quale *“la cancellazione deve essere eseguita dal conservatore quando è ordinata con sentenza passata in giudicato o da altro provvedimento definitivo”*, rifiutano l'esecuzione della cancellazione delle formalità in pendenza del termine di cui all'[art. 617 c.p.c.](#) (20 giorni per proporre opposizione, dalla data del deposito in cancelleria del decreto).

Secondo questo orientamento, la cancellazione delle formalità pregiudizievoli, dovrebbe essere permessa solo qualora la copia conforme del decreto che si produce in Conservatoria rechi l'attestazione del Cancelliere con cui viene certificata l'irrevocabilità del decreto, poiché avverso lo stesso non è stata proposta opposizione nei termini di legge.

Lo scopo di questa cautela è certamente quello di evitare che, eseguite le cancellazioni di cui sopra, il decreto venga, ad esempio, dichiarato nullo per vizi riguardanti la vendita, a mezzo dell'impugnazione. In questo caso, il Giudice dovrebbe ordinare l'effettuazione di un nuovo esperimento di vendita, di un bene, tuttavia, libero da gravami giustificanti la pendenza della procedura esecutiva. L'orientamento contrapposto, favorevole alla cancellazione dei gravami senza la necessaria attesa dei giorni utili per l'opposizione di cui all'[art. 617 c.p.c.](#), ritiene che il Decreto di Trasferimento sia un provvedimento intrinsecamente esecutivo, già definitivo sin dalla sua emanazione. Ciò è anche confermato alla luce di quanto dispone l'[art. 586, ultimo comma, c.p.c.](#), per il quale il Decreto co-

[3] L'unico dato della formalità di riferimento che può essere ommesso è il numero di repertorio generale. I restanti dati devono combaciare poiché sono necessari affinché il Conservatore possa univocamente individuare il gravame di cui si richiede la cancellazione. Ciò anche in ragione del fatto che il Conservatore ha una funzione meramente esecutiva, senza alcun potere di indagine circa le statuizioni del Giudice, tutt'al più limitatamente alla regolarità estrinseca dell'atto.

[4] Così come dispone l'art. 164 disp. att. nel prevedere che il G.E. o chi da lui delegato, *“compie in luogo del debitore tutti gli atti necessari al trasferimento del bene all'acquirente”*, nonché l'[art. 591 bis c.p.c.](#) ove conferma, al punto undici, che anche la liberazione dell'immobile dalle formalità pregiudizievoli rientra nei doveri dell'ufficio esecutivo.

[5] Prassi seguita, ad esempio, dal Tribunale di Torino.

stituisce sin da subito il titolo esecutivo utile per il rilascio del bene.

2. Le formalità cancellabili su ordine del Giudice dell'Esecuzione

Secondo quanto disposto dall'[art. 586 c.p.c.](#), quindi, sono da cancellare, a mezzo Decreto, le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni delle ipoteche sia precedenti che successive alla trascrizione del pignoramento che ha dato origine alla procedura esecutiva.

Due precisazioni circa alla cancellazione dei gravami di epoca successiva al pignoramento[6].

Riguardo ai pignoramenti successivi, se ve ne fossero, è indispensabile l'avvenuta riunione delle procedure esecutive poiché, in caso contrario, i creditori intervenuti solo nella seconda procedura rimarrebbero esclusi dalla distribuzione del ricavato della vendita[7].

Occorre, inoltre, fare qualche valutazione anche per quanto riguarda l'iscrizione ipotecaria successiva, da cancellarsi sempre a mezzo Decreto di Trasferimento.

Innanzitutto tale formalità è inopponibile all'acquirente dell'immobile espropriato, se non persino estinta per effetto del Decreto di Trasferimento.

Tuttavia, per una più agevole circolazione del bene, l'aggiudicatario ha interesse che anche queste iscrizioni vengano cancellate, seppur inefficaci nei sui confronti (e così come prescritto dall'[art. 586 c.p.c.](#) per come riformato). Ciò, in genere, non comporta nella pratica problematiche nei confronti del creditore ipotecario successivo. Egli, difatti, dovrebbe aver ricevuto l'avviso ex [art. 498 c.p.c.](#), ad opera del creditore procedente, da cui deriva il conseguente onere, a suo carico, di intervenire nella procedura esecutiva già instaurata.

Qualora, invece, egli non avesse ricevuto l'avviso, non potrà legittimamente ignorare la pendenza del procedimento esecutivo, posto tale trascrizione è antecedente rispetto alla sua iscrizione ipotecaria, salvo casomai una eventuale opposizione agli atti esecutivi, che non può in ogni caso pregiudicare l'eventuale vendita già avvenuta[8].

Inoltre, a titolo esemplificativo, il Giudice dell'Esecuzione potrà, mediante il Decreto, ordinare anche la cancellazione della trascrizione dell'ordinanza ex [art. 600 c.p.c.](#), effettuata dal creditore procedente, essendo questa strettamente inerente al processo esecutivo.

Appare utile accennare, a titolo esemplificativo, alla trascrizione del sequestro conservativo sui beni oggetto di esecuzione.

Come è noto, se il creditore sequestrante ottiene una sentenza di condanna, il sequestro si converte ex lege in pignoramento e, per tanto, verrà cancellato su ordine del Giudice dell'Esecuzione.

Qualora la vendita immobiliare si perfezioni prima rispetto ad una eventuale sentenza, il vincolo andrà comunque cancellato ad opera del G.E., al fine di evitare un nuovo e autonomo processo. L'[art. 158 disp. att.](#) prevede, difatti, che il creditore sequestrante riceva l'avviso ex [art. 498 c.p.c.](#), al fine di poter intervenire nella procedura esecutiva. Egli avrà diritto a vedersi accantonata la somma di spettanza sino all'ottenimento del titolo esecutivo.

Infine, sempre con riferimento ai gravami cancellabili, appare utile far riferimento alla sentenza dichiarativa di fallimento, anche alla luce della formale autonomia che sussiste tra la procedura fallimentare ed esecutiva. L'ordine di cancellazione, in questo caso, potrà provenire dal Giudice dell'Esecuzione solo se il curatore è subentrato nell'esecuzione ex [art. 107, comma sesto, della Legge Fallimentare](#), ovvero nel caso in cui l'esecuzione sia iniziata o proseguita dal creditore fondiario ex [art. 41 TUB](#)[9], in caso contrario l'ordine sarà di competenza del Giudice del fallimento.

3. Le formalità non cancellabili

Vi sono numerose eccezioni all'effetto purgativo della vendita esecutiva immobiliare.

Sicuramente una di queste è rappresentata dall'assunzione di debito da parte dell'aggiudicatario ex [art. 508 c.p.c.](#)[10] su autorizzazione del Giudice dell'Esecuzione e sul presupposto che questa non pregiudichi né i diritti de-

[6] Cancellazione la cui necessità è stata introdotta espressamente dalla riforma del [2005, L. n. 35](#).

[7] Se il secondo pignoramento viene, invece, trascritto ai danni del medesimo debitore e sui medesimi beni già oggetto della prima esecuzione, successivamente alla trascrizione del Decreto di Trasferimento, esso è dovrà essere dichiarato tardivo ed inefficace, essendo i beni non più di proprietà del debitore esecutato, ma dell'aggiudicatario.

[8] Egli potrebbe agire ex [art. 2043 c.c.](#) contro il creditore procedente che abbia omesso l'avviso ai creditori iscritti.

[9] In questo caso il G.E. dovrà dare avviso della cancellazione al Giudice del fallimento, così da evitare una inutile duplicazione.

[10] Lo stesso in caso di subentro dell'aggiudicatario nel contratto di finanziamento ex [art. 41 TUB](#), che, al contrario dell'assunzione ex [art. 508 c.p.c.](#), avviene automaticamente, non richiedendo la necessaria autorizzazione del Giudice.

gli altri creditori, né determini effetti dannosi per la procedura.

Il creditore ipotecario in questione, conserva la propria garanzia e viene escluso dal piano di riparto avente ad oggetto il ricavato dalla vendita.

Il Decreto, inoltre, non potrà prevedere la cancellazione di trascrizioni di domande giudiziali che non siano strettamente inerenti al processo esecutivo (ad esempio, domande proposte da terzi per l'accertamento del diritto di proprietà o di altri diritti reali di godimento). Tali cancellazioni necessitano, difatti, il consenso delle parti interessate, oppure, una sentenza passata in giudicato.

L'effetto purgativo, ancora, non coinvolge le obbligazioni *propter rem* che gravano sul bene, le convenzioni matrimoniali, la trascrizione del verbale di assegnazione della casa coniugale ecc..

Utile un breve accenno al fondo patrimoniale. La trascrizione del fondo non è suscettibile di cancellazione su ordine del Giudice dell'Esecuzione: questa risulterebbe, difatti, superflua. La trascrizione, in questo caso, funge da mera pubblicità-notizia posto che, ciò che conta ai fini di una corretta costituzione del fondo ex [art. 167 c.c.](#), è la sua annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

Parimenti e sempre a titolo esemplificativo, non è di competenza del Giudice dell'Esecuzione, ordinare la cancellazione della trascrizione del preliminare di vendita anche nell'ipotesi in cui il promissario acquirente sia intervenuto nella procedura per ottenere il soddisfacimento del proprio credito. Tale cancellazione incontra gli stessi limiti appena accennati con riguardo alle trascrizioni delle domande giudiziali.

PRIVATE ENFORCEMENT

La continuità economica nel *private enforcement*

di Carlo Edoardo Cazzato

DEL 17 LUGLIO 2019

Sommario

1. Premessa
2. La continuità economica nel public enforcement
3. Il caso finlandese
4. La continuità economica nel private enforcement
5. Conclusioni

1. Premessa

Come noto, nell'ambito dei rimedi apprestati dall'ordinamento per fronteggiare un illecito antitrust, il *private enforcement* rappresenta uno strumento indispensabile per dare effettività alla tutela dei danneggiati da una violazione del diritto della concorrenza.

La centralità di tali presidi è riconosciuta oramai da svariati lustri^[1], e cioè da quando la giurisprudenza comunitaria ha cominciato a ragionare sulla responsabilità delle imprese sanzionate dalla Commissione europea nell'ambito delle prime azioni risarcitorie introdotte per il ristoro dei danni subiti.

Ad alcune prime intuizioni hanno fatto seguito importanti sviluppi giurisprudenziali^[2] e legislativi^[3], che, tuttavia, non hanno esaurito il quadro delle questioni poste dall'introduzione di un parallelo e complementare strumento di tutela, il quale risente ancora e molto delle peculiarità processuali dei singoli ordinamenti europei.

In tale prospettiva, va letto un recente pronunciamento

comunitario, del quale si intende dar conto nel presente lavoro, che ha toccato il tema dell'applicazione in sede di *private enforcement* di un principio proprio del *public enforcement* ovvero sia quello della c.d. continuità economica.

2. La continuità economica nel public enforcement

Nell'ambito del *public enforcement* e, quindi, dell'applicazione a livello pubblico del diritto della concorrenza da parte delle autorità garanti della concorrenza, ivi inclusa in Italia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, anche solo "Agcm" o "Autorità"), si ricorre al principio della continuità economica al fine di agevolare la determinazione dei soggetti responsabili della violazione di tali norme.

Fondato sulla interpretazione, notoriamente ampia, della nozione di "impresa" propria del diritto della concorrenza, tale principio stabilisce che la responsabilità di un illecito antitrust non è limitata alla persona giuridica, che

[1] Conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven nella causa *H.J. Banks & Co. Ltd contro British Coal Corporation*, C-128/92.

[2] Cfr., *inter alia*, sentenza della Corte (Terza Sezione) del 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) contro *Assitalia SpA*, Cause riunite C-295/04 a C-298/04; sentenza della Corte del 20 settembre 2001, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, Causa C-453/99.

[3] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (di seguito, anche solo "Direttiva"), recepita in Italia con D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, recante "Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea" (di seguito, anche solo "Decreto").

ha effettivamente partecipato alla condotta anticoncorrenziale; in caso di sopravvenute modifiche della struttura organizzativa della impresa coinvolta, è possibile, infatti, imporre una ammenda a qualsiasi soggetto che, in termini economici, possa dirsi identico all'ente che ha violato il diritto della concorrenza e quindi "in continuità con esso"^[4]. Ciò nella logica funzionale, tipica del diritto antitrust, che bada più alla sostanza che alla forma e che nei fatti persegue l'obiettivo di prevenire che un qualsiasi bizantinismo possa impedire al *public enforcement* di perseguire i propri fini.

D'altro canto, se venisse inflitta una sanzione a un'impresa che continua a esistere giuridicamente, ma che ha cessato la propria attività economica^[5], tale ammenda non avrebbe alcun effetto deterrente e l'interesse pubblicistico alla tutela della concorrenza verrebbe certamente svilito^[6].

In definitiva, sebbene la responsabilità personale rimanga la regola generale, la *ratio* dell'estensione della responsabilità amministrativa all'ente che ha continuato le attività del soggetto che ha violato il diritto della concorrenza consiste nella circostanza che, altrimenti, le imprese potrebbero sfuggire alle ammende, alterando la propria identità mediante strumentali ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa.

Dal punto di vista del diritto della concorrenza, pertanto,

tali modifiche non creano necessariamente una nuova impresa libera da responsabilità per la condotta del suo predecessore, quando, da un punto di vista economico, i due soggetti possono dirsi identici. Ciò in quanto, a dispetto di forme giuridiche od organizzative, da un punto di vista economico, l'ente che subentra rimane identico al precedente, per l'appunto "continua economicamente"^[7].

Tale principio è pacificamente ripreso anche nella prassi dell'Agcm, che a più riprese ha confermato l'orientamento comunitario di cui si è detto, rilevando che "*il cambiamento della forma giuridica e del nome di un'impresa non ha l'effetto di creare un'impresa del tutto nuova esente dalla responsabilità per i comportamenti tenuti dalla precedente qualora vi sia identità tra le due sotto l'aspetto economico*". In tal modo, si evita, per l'appunto, che la scomparsa dell'impresa autrice della condotta illecita "*o di un suo iniziale segmento*" lasci impunita la violazione^[8].

3. Il caso finlandese

Su tali premesse, di recente alla Corte di Giustizia *ex art. 267* del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (di seguito, anche solo "TFUE") è stato chiesto di valutare l'applicabilità in sede di *private enforcement* del principio sopra riportato.

Il tema, più in particolare, è stato sollevato dal giudice nazionale finlandese, investito di un contenzioso ri-

[4] Cfr., *ex pluribus*, Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 18 dicembre 2014, *Commissione europea contro Parker Hannifin Manufacturing Srl e Parker-Hannifin Corp.*, [Causa C-434/13 P](#), punto 39, secondo cui "La Corte ha precisato che, qualora un ente che ha commesso un'infrazione alle norme sulla concorrenza sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti. Infatti, se le imprese potessero sottrarsi alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità sia stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa, lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive sarebbe compromesso [...]"; sentenza della Corte (grande sezione) dell'11 dicembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Ente tabacchi italiani – ETI SpA e altri e Philip Morris Products SA e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri*, [Causa C-280/06](#), punti 45 e s.; sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P)*, *Irish Cement Ltd (C-205/00 P)*, *Ciments français SA (C-211/00 P)*, *Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P)*, *Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P)* e *Cementir – Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P)* contro Commissione delle Comunità europee, Cause riunite [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) e [C-219/00 P](#), punto 59; sentenza della Corte (Sesta Sezione) dell'8 luglio 1999, *Commissione delle Comunità europee contro Anic Partecipazioni SpA*, [Causa C-49/92](#), punto 145; sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 28 marzo 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite 29 e 30/83, punto 9.

[5] Sulle sanzioni antitrust, sia permesso rinviare a C. E. Cazzato, *Le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust*, Giappichelli, Torino, 2018.

[6] Sentenza della Corte (grande sezione) dell'11 dicembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Ente tabacchi italiani – ETI SpA e altri e Philip Morris Products SA e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri*, [Causa C-280/06](#), punti 40 e ss.

[7] Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa *Skanska Industrial Solutions e a.*, [Causa C-724/17](#).

[8] Cfr., tra tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397.

sarcitorio, introdotto nei confronti di alcune società che avevano continuato l'attività economica di determinate imprese, coinvolte in una intesa restrittiva della concorrenza nel mercato finlandese dell'asfalto tra il 1994 e il 2002.

Dal 2000 in poi, infatti, alcune delle imprese interessate dalla suddetta concertazione avevano posto in essere una serie di operazioni societarie, volte a trasferire gli *asset* direttamente coinvolti nell'infrazione a nuovi soggetti e poi a liquidare, su base volontaria, gli enti giuridici preesistenti (di seguito, rispettivamente, anche solo **“Imprese Liquidate”** e **“Imprese Subentrate”**).

Nel marzo 2004 l'Autorità antitrust finlandese accertava, dunque, una violazione dell'[art. 101](#) del TFUE^[9] e, con sentenza del settembre 2009, proprio in applicazione del criterio della continuità economica di cui si è detto, la Corte amministrativa suprema locale condannava le Imprese Subentrate per il comportamento delle Imprese Liquidate.

A valle delle suddette sentenze, nel dicembre 2009 una città finlandese, che aveva concluso con uno dei cartellisti alcuni contratti nel settore dell'asfalto, introduceva dinanzi al Giudice locale una azione risarcitoria nei confronti delle Imprese Subentrate, ritenute responsabili in solido per i costi supplementari sopportati per la realizzazione di lavori di asfaltatura in ragione dell'illecito accertato. Le Imprese Subentrate, di contro, negavano ogni addebito, so-

stenendo che la domanda di risarcimento avrebbe dovuto essere presentata nell'ambito delle procedure di liquidazione delle Imprese Liquidate.

Il Tribunale adito accoglieva la domanda di parte attrice, ritenendo che, al fine di garantire l'efficacia dell'[art. 101](#) TFUE, occorresse applicare il criterio della continuità economica all'imputazione della responsabilità per il risarcimento di tale danno allo stesso modo in cui esso è utilizzato in sede di *public enforcement*.

La locale Corte di appello, di contro, sostenendo che il principio di effettività non potesse rimettere in discussione le caratteristiche fondamentali del regime finlandese sulla responsabilità civile e che il criterio della continuità economica, applicato in materia di imposizione di ammende, non potesse, in mancanza di modalità o di disposizioni più precise, essere trasposto *tout court* alle azioni di risarcimento danni, respingeva le domande della attrice dirette contro le Imprese Subentrate.

Presentato ricorso per cassazione, la locale Corte suprema, rilevato come il diritto finlandese non prevedesse regole d'imputazione della responsabilità per danni causati da una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione in una situazione come quella di cui al procedimento principale^[10], ha ritenuto che dalla giurisprudenza comunitaria non emergessero chiare indicazioni. Da qui la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte^[11].

[9] All'epoca dei fatti art. 81 del Trattato della Comunità Europea.

[10] Le norme sulla responsabilità civile rinvenibili nel diritto finlandese si basano sul principio secondo il quale soltanto l'ente giuridico che ha cagionato il danno è responsabile. Per quanto concerne le persone giuridiche, è possibile derogare a tale principio escludendo l'autonomia della persona giuridica. Ciononostante, tale via è percorribile solo nel caso in cui gli operatori interessati si siano serviti della struttura del gruppo, dei collegamenti tra le imprese o del controllo dell'azionista in una maniera censurabile o artificiosa che ha condotto all'elusione della responsabilità giuridica.

[11] Più in particolare, sono state poste le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) Se la questione di chi sia tenuto al risarcimento del danno conseguente a una condotta contraria all'[art. 101](#) TFUE debba essere risolta applicando direttamente tale articolo o in base alle disposizioni nazionali.

2) Qualora il soggetto obbligato al risarcimento sia individuato applicando direttamente l'[art. 101](#) TFUE, se risponda del risarcimento chi rientra nella nozione di “impresa” di cui al predetto articolo e se, per individuare i soggetti obbligati al risarcimento, siano applicabili i medesimi principi utilizzati dalla Corte di giustizia in cause in materia di ammende per individuare i soggetti ivi responsabili, in base ai quali è possibile, in particolare, giustificare una responsabilità in base all'appartenenza alla stessa entità economica o alla continuità economica.

3) Qualora il soggetto obbligato al risarcimento sia individuato in base alle norme di diritto interno dello Stato membro, se violi il principio di effettività, ai sensi del diritto dell'Unione, una disposizione nazionale, in base alla quale una società che, successivamente all'acquisto della totalità delle azioni di una società partecipante a un'intesa contraria all'[art. 101](#) TFUE, ha sciolto tale società e ne ha proseguito l'attività, non risponda del risarcimento del danno cagionato dalla società estinta mediante una condotta restrittiva della concorrenza, nonostante sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere un risarcimento dalla società estinta. Se il principio di effettività osti a un'interpretazione del diritto interno di uno Stato membro, in base alla quale si richiede, come condizione per una responsabilità per danni, che una modifica societaria come quella precedentemente descritta sia illecitamente o artificialmente realizzata al fine di eludere gli obblighi risarcitori in materia di concorrenza, o sia altrimenti attuata in maniera sleale o che, almeno, la società conoscesse o avrebbe dovuto conoscere la violazione delle norme in materia di concorrenza al momento della realizzazione della modifica societaria”.

4. La continuità economica nel private enforcement

La Corte di giustizia si è dunque pronunciata sulle questioni poste, riconoscendo l'applicabilità del principio della continuità economica in sede di *private enforcement*[12].

A tale decisione, la Corte è giunta, muovendo dai seguenti assunti:

(i) secondo il diritto finlandese, solo il soggetto giuridico che ha causato il danno è, in linea di principio, tenuto al risarcimento e, sotto il profilo prettamente societario, ogni società per azioni costituisce una persona giuridica distinta dotata di un proprio patrimonio e personalmente responsabile;

(ii) in ambito comunitario il diritto di chiedere un risarcimento per la violazione del diritto della concorrenza è fondato sui Trattati[13] ed è finalizzato a garantire la riparazione dei danni causati da condotte anticoncorrenziali, nonché ad assicurare la piena efficacia del diritto della concorrenza[14];

(iii) il *private enforcement* del diritto della concorrenza si basa anche sul diritto privato nazionale e sulle relative norme procedurali;

(iv) il legislatore comunitario ha cercato di fare luce sull'interazione tra il diritto dell'Unione e i diritti nazionali degli Stati membri con la Direttiva, non applicabile, però, al caso di specie *ratione temporis*.

Su tali premesse, secondo la Corte l'art. 101 del TFUE – e invero anche il successivo art. 102 – producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono diretta-

mente a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare[15]. Conseguentemente, tutti hanno il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito, quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e una condotta vietata dall'art. 101 del TFUE.

Certamente, spetta all'ordinamento giuridico interno stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno, sempre nel pieno rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Tuttavia, secondo la Corte, la questione della determinazione dell'ente tenuto a risarcire il danno causato da una violazione dell'art. 101 del TFUE è direttamente disciplinata dal diritto dell'Unione. In altri termini, non rappresenta un dettaglio della disciplina dell'esercizio del diritto al risarcimento, rimessa ai singoli ordinamenti, ma una condizione costitutiva della responsabilità, come tale disciplinata dal diritto comunitario. Infatti, la sussistenza del diritto di chiedere un risarcimento sulla base dell'art. 101 TFUE presuppone che vi sia un obbligo giuridico che è stato violato[16] e, dunque, che vi sia un soggetto responsabile di tale violazione. Le condizioni costitutive della responsabilità devono essere uniformi (*i.e.* una o più imprese che hanno posto in essere una data condotta, l'esistenza di un danno, un nesso di causalità tra il danno fatto valere e la suddetta condotta, l'illegittimità della condotta considerata)[17]; se i soggetti tenuti al risarcimento del danno differissero da uno Stato membro all'altro, d'altro canto, vi sarebbe un evidente rischio di trattamento differenziato per gli operatori economici, a seconda del giudice nazionale com-

[12] Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 14 marzo 2019, *Skanska Industrial Solutions e a.*, [Causa C-724/17](#).

[13] Cfr., tra tutte, sentenza della Corte (Terza Sezione) del 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) contro *Assitalia SpA*, Cause riunite [C-295/04 a C-298/04](#), punto 60; sentenza della Corte del 20 settembre 2001, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, [Causa C-453/99](#), punto 26.

[14] Cfr., *ex pluribus*, sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 5 giugno 2014, *Kone AG e altri contro ÖBB-Infrastruktur AG*, [Causa C-557/12](#); Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 6 giugno 2013, *Bundeswettbewerbshörde contro Donau Chemie AG e altri*, [Causa C-536/11](#); sentenza della Corte (Grande Sezione) del 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, [Causa C-199/11](#); Sentenza della Corte (grande sezione) del 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG contro Bundeskartellamt*, [Causa C-360/09](#).

[15] Cfr. sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 5 giugno 2014, *Kone AG e altri contro ÖBB-Infrastruktur AG*, C-557/12, punto 21; sentenza della Corte (Prima Sezione) del 6 giugno 2013, *Bundeswettbewerbshörde contro Donau Chemie AG e altri*, [Causa C-536/11](#), punto 21; sentenza della Corte (Grande Sezione) del 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, [Causa C-199/11](#), punto 41; sentenza della Corte (Terza Sezione) del 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) contro *Assitalia SpA*, Cause riunite [C-295/04 a C-298/04](#), punto 60; sentenza della Corte del 20 settembre 2001, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, [Causa C-453/99](#), punto 26.

[16] Cfr. V. W. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, Vol. 23, 1913, pp. 30 e ss.; W. Van Gerven, *Of rights, remedies and procedures*, in *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 501 e ss.

[17] Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven nella causa *Banks*, C-128/92, EU:C:1993:860, punti 49 e ss.

petente per l'azione di risarcimento di diritto privato. Da ciò seguirebbe: (a) un limite notevole alla proponibilità delle azioni risarcitorie e, quindi, alla effettiva applicazione del diritto della concorrenza, con buona pace della deterrenza delle sanzioni antitrust; (b) un palese contrasto con uno degli obiettivi fondamentali del diritto della concorrenza dell'Unione, che consiste nel creare condizioni di parità per tutte le imprese attive sul mercato interno; (c) un invito alla scelta opportunistica del foro (c.d. *forum shopping*).

Il soggetto cui imputare la condotta può essere, d'altro conto, desunto dallo stesso [art. 101](#) del TFUE. La norma considerata, infatti, notoriamente si applica alle imprese, nozione applicata dalla giurisprudenza comunitaria e, quindi, nazionale con assoluta flessibilità nel contesto del *public enforcement*^[18]. Dato che la responsabilità per il danno risultante dalle violazioni del diritto della concorrenza è personale, spetterà all'impresa che viola tali regole rispondere del danno causato dalla violazione. Per definire tale nozione, non potrà allora che farsi ricorso anche in sede di *private enforcement* alla nota giurisprudenza che:

ricomprende sotto tale *nomen iuris* qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento^[19];

si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche^[20];

applica il principio della continuità economica, qualora ci sia identità tra l'ente responsabile dell'illecito e quello sopravvenuto a seguito delle modifiche di natura giuridica o organizzativa poste in essere^[21].

Ne consegue che la nozione di "impresa", ai sensi dell'[art.](#)

[101](#) del TFUE, che costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione, non può avere una portata diversa a seconda che si sia in sede di *public* o di *private enforcement*.

Pertanto, secondo la Corte non è incompatibile con il principio della responsabilità personale il fatto di imputare la responsabilità di un'infrazione a una società, nella sua qualità di società che ha assorbito quella che ha commesso l'infrazione quando quest'ultima ha cessato di esistere.

5. Conclusioni

In definitiva, secondo la Corte, sebbene il principio della continuità economica sia stato sviluppato nel contesto dell'imposizione di ammende, lo stesso è applicabile anche in caso di azioni risarcitorie. Infatti, il diritto riconosciuto a chiunque di chiedere il risarcimento del danno cagionato da un'intesa vietata dall'[art. 101](#) del TFUE garantisce la piena efficacia di tale disposizione; tale diritto rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza, contribuendo quindi al mantenimento di un'effettiva concorrenza.

Ciò perché le azioni antitrust di risarcimento danni costituiscono una componente indispensabile del sistema di tutela apprestato dal diritto della concorrenziale. Pertanto, se le imprese responsabili del danno provocato da un'infrazione potessero sfuggire alla loro responsabilità risarcitoria per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, aziendali di vario genere, l'obiettivo perseguito da tale sistema nonché l'effetto utile delle suddette regole verrebbe ridimensionato, se non compromesso.

Tali conclusioni, invero, non sembrano messe in discus-

[18] Cfr., tra tutte, sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 27 aprile 2017, *Akzo Nobel NV e a. contro Commissione europea*, [Causa C-516/15 P](#), punto 46; sentenza della Corte (Prima Sezione) del 18 dicembre 2014, *Commissione europea contro Parker Hannifin Manufacturing Srl e Parker-Hannifin Corp.*, [Causa C-434/13 P](#), punto 39; sentenza della Corte (grande sezione) dell'11 dicembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Ente tabacchi italiani – ETI SpA e altri e Philip Morris Products SA e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri*, [Causa C-280/06](#), punto 38;

[19] Cfr. sentenza della Corte (grande sezione) dell'11 dicembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Ente tabacchi italiani – ETI SpA e altri e Philip Morris Products SA e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri*, [Causa C-280/06](#), punto 38.

[20] Cfr. sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 27 aprile 2017, *Akzo Nobel NV e a. contro Commissione europea*, [Causa C-516/15 P](#), punto 48.

[21] Cfr. sentenza della Corte (Prima Sezione) del 18 dicembre 2014, *Commissione europea contro Parker Hannifin Manufacturing Srl e Parker-Hannifin Corp.*, [Causa C-434/13 P](#), punto 40; sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 5 dicembre 2013, *SNIA Spa in amministrazione straordinaria contro Commissione europea*, [Causa C-448/11 P](#), punto 22; sentenza della Corte (grande sezione) dell'11 dicembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Ente tabacchi italiani – ETI SpA e altri e Philip Morris Products SA e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri*, [Causa C-280/06](#), punto 42.

sione nemmeno dalla sopravvenienza dell'art. 11, paragrafo 1, della Direttiva, secondo cui gli Stati membri provvedono affinché le imprese che hanno violato il diritto della concorrenza con un comportamento congiunto siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza.

Sebbene da tale disposizione sembri evincersi che spetta al singolo ordinamento giuridico interno determinare l'ente tenuto a risarcire tale danno, a previsione considerata, in realtà, non riguarda la determinazione degli en-

ti tenuti al risarcimento di tale danno, ma la ripartizione della responsabilità tra i suddetti enti. La Direttiva non conferisce, dunque, agli Stati membri il potere di procedere alla individuazione degli enti responsabili.

D'altro canto, tanto l'art. 1, par. 1, della Direttiva, quanto l'art. 1, co. 1, del Decreto in Italia individuano espressamente nelle "*imprese*" che hanno commesso la violazione azionata i soggetti nei cui confronti agire. Se del caso, per quanto sopra, facendo applicazione anche del principio della continuità economica.

ARBITRATO E MISURE COERCITIVE

Misure coercitive indirette e arbitrato

di Alessandro Nascosi

DEL 18 LUGLIO 2019

Sommario

1. La misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c.: uno strumento di carattere (tendenzialmente) generale
2. L'art. 614-bis c.p.c. e il lodo arbitrale
3. Uno sguardo al diritto francese: il potere degli arbitri di pronunciare l'astreinte
4. Rilievi conclusivi

1. La misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c.: uno strumento di carattere (tendenzialmente) generale

Il tema delle misure coercitive indirette rappresenta nel nostro Paese una storia recente^[1]. Infatti soltanto nel 2009 (dopo appassionati interventi della dottrina processualcivile che da tempo auspicava l'introduzione di una mi-

sura di coercizione nel sistema normativo^[2]) il legislatore ha inserito nel codice di rito l'[art. 614-bis c.p.c.](#) che contempla uno strumento di coercizione indiretto il cui spazio, originariamente circoscritto ai provvedimenti di condanna relativi ai soli obblighi di fare infungibile e di non fare, è stato poi esteso nell'estate del 2015 anche agli obblighi di fare e di dare a carattere fungibile.

[1] Invero, l'[art. 614-bis c.p.c.](#) costituisce soltanto l'ultimo tassello di un percorso che già conosceva la vigenza di altre misure coercitive, impiegate però a livello settoriale. Più precisamente, il legislatore italiano prima del 2009, anno di entrata in vigore dell'[art. 614-bis c.p.c.](#), era intervenuto in alcuni ambiti specifici (proprietà industriale, controversie di lavoro, tutela dei consumatori, diritto della famiglia e da ultimo, quasi contestualmente all'apparizione nell'ordinamento dell'[art. 614-bis c.p.c.](#), anche nel diritto amministrativo) regolamentando singole misure coercitive che tuttora mantengono la propria efficacia. Tali misure si presentano all'occhio dell'interprete con caratteristiche differenti tra loro, tanto che esse sembrano più essere il frutto di interventi legislativi episodici senza che alla base si possa ravvisare un organico disegno di istituire un'unica misura coercitiva valevole per ogni sfera applicativa. Ciò premesso, la misura coercitiva di cui all'[art. 614-bis c.p.c.](#) rappresenta indubbiamente uno strumento sanzionatorio civilistico di portata (potenzialmente) generale potendo affiancare qualunque provvedimento condannatorio, pur essendone espressamente esclusa l'applicazione alle obbligazioni pecuniarie, alle vertenze di lavoro e subordinandone sempre la concessione e la determinazione del *quantum* ad un ampio potere discrezionale del giudice, il quale dovrà valutarne la "non manifesta iniquità" attraverso un contemperamento dell'interesse del creditore all'adempimento ed il sacrificio imposto al debitore.

[2] La dottrina italiana aveva già manifestato *illo tempore* forti perplessità sulla grave lacuna legislativa da cui era affetto l'ordinamento italiano, stante l'assenza di uno strumento coercitivo di carattere generale avente una prevalente funzione dissuasiva che assicurasse un'effettiva tutela dei diritti non suscettibili di esecuzione forzata con le forme tradizionali contemplate nel libro terzo del codice processuale: Tarzia, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pagg. 800 e ss.; Colesanti, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pagg. 601 e ss.; Proto Pisani, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, V, 1988, c. 177; Carpi, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pagg. 110 e ss.; Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, pagg. 10 e ss. 223, 250; Denti, "Flash" su accertamento e condanna, in *Riv. dir. proc.*, 1985, pagg. 266 e ss.; Mandrioli, *Natura giurisdizionale e portata "sostitutiva" dell'esecuzione specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, pagg. 303 e ss.; Montesano, *Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare*, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice. Atti del XXII Convegno nazionale*, Milano, 2001, pagg. 11 e ss.; Verde, *Attualità del principio "nulla executio sine titulo"*, ivi, pagg. 75, 80; Capponi, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, pagg. 157 e ss.; Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pagg. 142 e ss., 176; Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, pagg. 152-153.

Prima del 2009, infatti, il nostro ordinamento non offriva una specifica forma di tutela a fronte dell'inadempimento degli obblighi infungibili per i quali, come noto, faticavano a trovare applicazione le regole sull'esecuzione forzata contenute nel libro terzo del codice di rito, con la conseguenza che nell'ipotesi di mancata ottemperanza, il creditore doveva accontentarsi della conversione dell'obbligo in una somma di denaro secondo il meccanismo della tutela per equivalente monetario. In pratica, l'assenza di un rimedio coercitivo generale rischiava di cagionare un danno irreparabile a una serie di situazioni sostanziali tutelate anche a livello costituzionale (penso per esempio ai diritti fondamentali della persona) la cui violazione non risultava essere adeguatamente salvaguardata dal tradizionale strumento risarcitorio. Ne discendeva che per assicurare la tutela di situazioni sostanziali relative ai diritti aventi per oggetto prestazioni infungibili non surrogabili mediante l'intervento di un terzo, appariva imprescindibile predisporre un sistema di misure coercitive che operassero con carattere dissuasivo verso l'inadempimento dell'obbligato.

Per queste ragioni, il legislatore italiano, attraverso la novella del 2009 e la successiva riforma del 2015, ha tentato di sopperire a tali esigenze costruendo un modello di misura coercitiva che, pur ispirato allo schema francese, presenta significativi elementi di differenziazione rispetto all'*astreinte* (v. § 3). Il legislatore italiano ha quindi coniato un mezzo coercitivo (tendenzialmente) generale legato alla comminatoria di una sanzione civile pecuniaria, il cui raggio di operatività si estende ai provvedimenti di condanna aventi per oggetto le obbligazioni di fare e non fare (fungibili o infungibili), consegna (per esempio di un bene mobile determinato^[3]) e rilascio (di un bene immobile)^[4], rimanendone esplicitamente escluse le sole obbligazioni di natura pecuniaria e quelle derivanti da un rapporto di lavoro^[5].

La misura coercitiva italiana, vista come strumento per indurre il debitore ad adempiere incombendo sullo stesso una ragionevole minaccia di versare al creditore un'ulteriore somma di denaro per l'inosservanza dell'obbligo o il ritardo nell'adempimento, presenta caratteristiche del tutto proprie rispetto all'omologo strumento francese in

[3] In arg. Trib. Torino, 16 ottobre 2017, in *Giur. it.*, 2018, pagg. 375 e ss., con nota di Gambioli, *Misure di coercizione indiretta e rito monitorio*, in cui, all'interno della pronuncia di un decreto ingiuntivo relativo alla consegna di cose mobili determinate (nella fattispecie documenti) si commina una misura coercitiva in capo al condominio (in persona dell'amministratore del complesso immobiliare) per agevolare la consegna di una serie di documenti richiesti dal ricorrente. Così anche Trib. Roma, [1 febbraio 2017](#) in *Guida dir.*, 2017, fasc. 20 pag. 82; Trib. Avezano, 1 marzo 2016, in [www.ilcaso.it](#).

[4] Nei procedimenti per convalida di sfratto per morosità, per finita locazione o per intimazione di licenza per finita locazione la misura coercitiva può costituire un proficuo strumento per stimolare il conduttore al rilascio dell'immobile vedendosi aggravare la propria posizione patrimoniale nei confronti del locatore per ogni giorno di mancato rilascio.

[5] L'esclusione dell'applicabilità dell'[art. 614-bis c.p.c.](#) alle obbligazioni aventi natura pecuniaria è generalmente giustificata sulla base di alcuni rilievi circostanziati. In primo luogo, si ritiene tradizionalmente che le testé accennate obbligazioni siano già tutelate attraverso l'espropriazione forzata che assicura al creditore il medesimo risultato che si sarebbe dovuto realizzare con lo spontaneo adempimento. In secondo luogo, l'esclusione si spiega col voler evitare un eccessivo aggravio della situazione soggettiva del debitore, il quale è già tenuto a corrispondere (elevati) interessi moratori in virtù della recente novella che ha inciso sull'[art. 1284 c.c.](#) (su cui v. Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sull'equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, pagg. 1181-1182; Pardolesi-Sassani, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 62 e ss.; Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015...in attesa della prossima puntata...*, in *Corr. giur.*, 2016, pag. 180). In pratica il considerevole aumento del saggio legale d'interesse dovrebbe di per sé disincentivare il debitore all'inadempimento senza che rilevi la necessità di ricorrere ad una misura coercitiva per la soddisfazione delle obbligazioni pecuniarie; ne consegue che, onde evitare un aggravamento della situazione debitoria, il legislatore ha preferito non ritenere cumulabili gli interessi legali con la misura ex [art. 614-bis c.p.c.](#): De Stefano, *I procedimenti esecutivi*, Milano, 2016, pag. 306; Mazzamuto, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, pagg. 42 e ss. Tuttavia, parte della dottrina, partendo dall'analisi della sentenza Ad. Plen. Cons. Stato [25 giugno 2014, n. 15](#), che ha ammesso l'irrogazione della penalità di mora di cui all'[art. 114, comma 4°, lett. e\) c.p.a.](#) ai provvedimenti di condanna al pagamento di somme di denaro auspica, condivisibilmente, che le obbligazioni pecuniarie possano in un futuro prossimo essere assistite da una misura coercitiva: Ficarelli, *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori: l'esperienza italiana e francese a confronto*, in *Fam. dir.*, 2016, pag. 109. Infatti, il legislatore consentendo nel settore amministrativo la possibilità di applicare alle obbligazioni pecuniarie delle misure coercitive, a fronte del settore civile ove le obbligazioni aventi per oggetto somme di denaro sono escluse dall'ambito di applicazione degli strumenti indiretti coercitivi, viene a creare un trattamento differenziato difficilmente giustificabile venendo a comprimere la tutela del creditore civilistico.

quanto può essere pronunciata, previa istanza di parte, dal giudice della cognizione il quale dovrà valutare che l'irrogazione della sanzione non appaia manifestamente iniqua nei confronti del debitore. Verificatosi l'inadempimento dell'obligato, il creditore (unico beneficiario delle somme disposte a titolo di misura coercitiva) potrà porre in esecuzione il capo condannatorio relativo alla misura coercitiva, la cui liquidazione dovrà essere compiuta dallo stesso creditore nell'atto di precetto senza transitare nuovamente per l'ufficio giudiziario precedentemente adito[6].

2. L'art. 614-bis c.p.c. e il lodo arbitrale

Delineati in estrema sintesi i tratti salienti dell'[art. 614-bis c.p.c.](#), occorre ora affrontare la controversa questione della sussistenza (o meno) di un potere in capo agli arbitri volto ad arricchire il lodo con una misura coercitiva indiretta[7]. Fin dall'entrata in vigore dell'[art. 614-bis c.p.c.](#), nel silenzio del dato normativo, la dottrina ha offerto variegate soluzioni dei rapporti intercorrenti tra lodo arbitrale e misura di coercizione.

Un primo orientamento esclude che agli arbitri sia riconosciuto il potere di comminare una misura coercitiva in-

diretta, seppur su istanza delle parti coinvolte in arbitrato. Tale impostazione dottrinale fa leva in primo luogo su una circostanza di carattere soggettivo secondo cui gli arbitri, in quanto organi privati non appartenenti all'apparato giurisdizionale ordinario, non sono muniti di un potere d'imperio diretto all'adozione della misura coercitiva che sembra essere riservato soltanto al giudice in sede di pronuncia di condanna[8]. Al contempo, nella medesima direzione, si è sostenuto che gli arbitri non sono forniti di poteri coercitivi con la conseguenza che il lodo per acquisire efficacia esecutiva necessita imprescindibilmente dell'omologazione da parte del tribunale[9].

In posizione peculiare si colloca poi una parte della dottrina[10] che, nel rispondere al quesito oggetto del presente scritto, ritiene necessario che le parti debbano includere la possibilità per gli arbitri di pronunciare la misura coercitiva direttamente nella fonte dell'arbitrato, ossia nella clausola compromissoria o nel compromesso.

Ulteriore possibilità potrebbe essere quella di consentire al creditore vittorioso in sede arbitrale di presentare istanza per conseguire una misura coercitiva direttamente al giudice al quale si richiede l'*exequatur*[11]. Secondo questa impostazione, la richiesta di una misura coer-

[6] Per ulteriori ragguagli si rinvia ai contributi di: Costantino, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, pagg. 737 e ss.; Vincere, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pagg. 368 e ss.; Vullo, *sub art. 614 bis*, in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di Vullo, Milano, 2018, pagg. 812 e ss.; Chiarloni, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, in www.treccani.it; Consolo-Godio, *sub art. 614-bis*, in *Codice di procedura civile. Commentario Ipsos*, II, diretto da Consolo, Milano, 2018, pagg. 2553 e ss.; Fortieri, *sub art. 614-bis*, in Arieta- De Santis-Didone, *Codice commentato delle esecuzioni civili*, Milano, 2016, pagg. 1621 e ss.; Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (nota a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 221e ss.; Saletti, *sub art. 614-bis*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti-Sassani, Torino, 2009, pagg. 203 e ss.; Taruffo, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, pagg. 744 e ss.; Tommaseo, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pagg. 267 e ss.; Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pagg. 343 e ss.

[7] Il problema si pone per i procedimenti di arbitrato rituale, dal momento che non vi sono margini applicativi per ammettere una misura di coercizione accessoria al lodo che definisce un arbitrato irrituale essendo in tali casi la pronuncia arbitrale una mera determinazione contrattuale che si allontana dal provvedimento condannatorio richiesto come presupposto della misura dall'[art. 614-bis c.p.c.](#): Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 395; Vullo, *op. cit.*, pag. 930.

[8] Lombardi, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: un mezzo di coercizione indiretta degli obblighi di fare infungibile o non fare*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 1075 ss., pag. 1084.

[9] Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2017, pag. 249; Chiarloni, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, pag. 736; Tedioli, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, pag. 71; Ciatti Càimi, *L'esecuzione processuale indiretta (astreinte) e l'infungibilità convenzionale della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pag. 38; Mondini, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, pag. 133; Motto, *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, Milano, 2018, pag. 414 e ss.; Asprella, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. merito*, 2011, pag. 126.

[10] Chizzini, *sub art. 614-bis*, in *La Riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile, n. 69/09*, a cura di Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, Torino, 2009, pag. 149, secondo il quale l'attribuzione di tale potere ad opera delle parti può avvenire "anche in via indiretta o implicitamente"; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, pagg. 374-375.

[11] Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pag. 396.

citiva assume i contorni di una vera e propria domanda di natura sostanziale che trova alla propria base un vero e proprio diritto soggettivo ad una prestazione aggiuntiva^[12] con la conseguenza che tale domanda potrà essere oggetto di un autonomo giudizio. Tuttavia questa soluzione, seppur suggestiva, si scontra con il controllo esclusivamente di carattere formale che pone in essere l'organo giurisdizionale in tale frangente (che si svolgerebbe peraltro omettendo il contraddittorio tra le parti) e che pertanto non si estenderebbe alla valutazione dell'opportunità e/o al *quantum* di comminare la misura coercitiva. Inoltre non credo vi sia spazio per avanzare una domanda volta a conseguire una misura coercitiva in un autonomo e separato giudizio, stante il carattere accessorio-dipendente dello strumento di coercizione al provvedimento di condanna come peraltro si evince dal dato normativo dell'[art. 614-bis c.p.c.](#)^[13].

Ferme le diverse interpretazioni dottrinali appena esaminate, la soluzione che appare maggiormente condivisibile è quella che riconosce agli arbitri il potere di pronunciare una misura coercitiva a norma dell'[art. 614-bis c.p.c.](#) in

forza dell'assimilazione del lodo alla sentenza di condanna^[14]. L'[art. 824-bis c.p.c.](#), infatti, è chiaro nell'equiparare gli effetti del lodo a quelli di una sentenza (salvo quelli esecutivi come si vedrà *infra*) con la conseguenza che non devono rinvenirsi ostacoli nell'attribuire a giudici privati il potere di abbinare al lodo una misura di coercizione indiretta se si desidera assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale di condanna al diritto sottoposto al vaglio arbitrale. In altri termini, il procedimento arbitrale non presenta significative differenze da quello che si svolge davanti ai giudici statali ed in particolare, la tutela accordata dal lodo assume le medesima efficacia di quella derivante da un provvedimento reso a definizione di un processo giurisdizionale^[15]. Gli arbitri, dunque, previa istanza di parte^[16] e una volta verificato che la misura coercitiva non appare manifestamente iniqua, hanno il potere di munire il lodo di condanna (ad un fare, non fare, consegnare, salvo che l'oggetto del giudizio arbitrale non riguardi obbligazioni pecuniarie o vertenze di lavoro) con la misura di cui all'[art. 614-bis c.p.c.](#)^[17].

Non credo poi sia necessario precisare nella clausola

[12] Secondo questo orientamento, facendo leva sulla natura sostanziale del diritto di credito derivante dalla misura coercitiva, la domanda volta alla concessione della misura coercitiva può essere proposta anche in un autonomo processo indirizzando la domanda al giudice della cognizione non appena verificatosi l'inadempimento dell'obbligo o il ritardo nell'adempire: Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pagg. 205-206; Pagni, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, pag. 1318; Delle Donne, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e)*, *Codice del processo amministrativo*, in Capponi (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, pagg. 133, 138.

[13] E. Silvestri, *Riforma e processo esecutivo*, in *Il processo civile riformato*, diretto da Taruffo, Bologna, 2010, pag. 507; Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2017, pag. 41; Recchioni, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, , pag. 1484; Tommaseo, *op. cit.*, pag. 279; Basilico, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, pag. 220, nota 117; Tedioli, *op. cit.*, pag. 72.

[14] Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pag. 785; Miccolis, , sub *art. 614 bis*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, pag. 1053; Sassani, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, in *www.judicium.it*, § 5, 7; Carpi, sub *art. 825*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2016, pag. 745; Carratta, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare*, in *Rass. for.*, 2009, pag. 727; Recchioni, *op. cit.*, pag. 1488; Amadei, *op. cit.*, pag. 351; Besso, *L'art. 614 bis c.p.c. e l'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2014, pag. 763; Basilico, *op. cit.*, pag. 220, nota 117; Trapuzzano, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012, pag. 267 ss.; Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012, pag. 257.

[15] In questa direzione v. le decisioni della Corte cost., [19 luglio 2013, n. 223](#); in *Corr. giur.*, 2013, pag. 1107, con nota di Consolo, *il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con pian translatio tra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; Corte cost., [28 novembre 2001, n. 376](#), in *Riv. dir. proc.*, 2002, pag. 352, con nota di E.F. Ricci, *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte Costituzionale)*

[16] A questo proposito, anche senza un'esplicita attribuzione ad opera delle parti nel patto compromissorio, al fine di poter addivenire alla pronuncia della misura coercitiva, sembra essere sufficiente che le parti nella clausola compromissoria effettuino un semplice rinvio alle regole del codice di rito. In questo senso anche Rampazzi, *L'ambito di applicazione delle misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Trasformazioni e riforme del processo civile*, a cura di Besso-Frus-Rampazzi-Ronco, Bologna, 2015, pagg. 370-371.

[17] Non vi è dubbio poi che stante il carattere accessorio della misura coercitiva, l'eventuale accoglimento dell'impugnazione per nullità del lodo ex [art. 829 c.p.c.](#) farà decadere anche il capo attinente allo strumento di esecuzione indiretta in virtù dell'effetto espansivo interno.

compromissoria o nel compromesso il potere attribuito agli arbitri di comminare una misura coercitiva poiché tale strumento non dà luogo ad un diritto di credito autonomo, ma si pone l'obiettivo di indurre il debitore ad adempiere in maniera spontanea l'obbligazione, operando quindi come misura accessoria alla condanna principale^[18]. Quindi pur mancando un'espressa previsione legislativa sul punto, non credo si riscontrino ostacoli in capo agli arbitri nel disporre una misura coercitiva, dal momento che l'effettività della tutela di condanna ottenuta in sede arbitrale non deve risultare minore rispetto a quella conseguita davanti al giudice statale. Inoltre, ritengo che il creditore vittorioso in occasione del giudizio arbitrale non possa rivolgere un'apposita istanza al tribunale finalizzata al solo conseguimento di una misura di coercizione indiretta poiché la stessa, qualificandosi come un capo accessorio alla condanna principale, non determina il sorgere di un autonomo diritto di credito, ma assume soltanto una funzione deterrente in capo al debitore. Come noto il provvedimento di condanna arbitrale per valere come titolo esecutivo necessita del deposito presso il tribunale ove ha sede l'arbitrato, con la conseguenza che l'*exequatur* (art. 825 c.p.c.) consentirà di eseguire coattivamente il lodo e, contestualmente, conferirà efficacia esecutiva anche al capo accessorio della misura di coercizione di cui è dotata la decisione arbitrale.

Un ultimo punto controverso riguarda i rimedi esperibili avverso il capo del lodo riguardante la misura coercitiva indiretta. In linea generale, l'impugnazione per nullità è ammessa qualora il vizio cada su un'errata interpretazione del patto compromissorio che nega espressamente agli arbitri il potere di disporre una misura coercitiva, oppure quando non vi è alcun rinvio alle norme del codice di

rito e ciò nonostante la misura coercitiva viene accordata. Diversamente se l'errore cade sull'*an* ovvero sul *quantum* della misura coercitiva, non sembra vi siano strumenti attuabili per censurare la decisione adottata, in quanto l'errore di merito non costituisce motivo di impugnazione per nullità del lodo ai sensi dell'art. 829 c.p.c.^[19].

3. Uno sguardo al diritto francese: il potere degli arbitri di pronunciare l'*astreinte*

Prima di concludere queste brevi osservazioni, credo sia opportuno volgere lo sguardo all'ordinamento francese, ove la questione oggetto del presente scritto è stata risolta positivamente dal legislatore. Come noto nell'ordinamento francese trova frequentissima applicazione l'*astreinte*^[20], il cui spazio di operatività include ogni tipo di controversia con il solo limite del carattere strettamente personale della prestazione che richiede per il suo compimento particolari qualità intellettuali od artistiche. Il legislatore francese, a differenza di quello italiano che non conosce tale ripartizione, distingue due tipi di *astreinte*, provvisoria (che può essere modificata in ogni momento dal giudice) e definitiva (che rappresenta una sorta di intimazione più grave per il debitore poiché, al momento della liquidazione, l'organo giurisdizionale non ha il potere di revisione dell'importo inizialmente fissato con la pronuncia)^[21]. Ciò nonostante l'*astreinte* è certamente più incisiva e duttile rispetto alla misura di coercizione italiana, potendo essere disposta da ogni organo giurisdizionale civile (art. L. 131-1 c.p.c.e., comprendendo quindi il giudice della cognizione, il giudice dell'esecuzione ed il giudice di *référé*) non soltanto su istanza di parte ma anche *ex officio*. In un secondo momento poi, persistendo l'inadempimento dell'obbligato, il giudice (nella pratica generalmente il magistrato dell'esecuzione),

[18] Va comunque precisato che rimane nell'autonomia delle parti (attraverso una dicitura esplicita nel compromesso o nella clausola compromissoria) di escludere (o comunque limitare solo a determinati obblighi assoggettati al giudizio arbitrale, circoscrivendone altresì il *quantum*) la possibilità per gli arbitri di disporre nel lodo una misura coercitiva indiretta. Sul punto v. anche Gambioli, *op. cit.*, pag. 1290.

[19] Bove, *La giustizia privata*, Milano, 2018, pagg. 210; Trapuzzano, *op. cit.*, pagg. 268-269.

[20] Il cammino evolutivo che ha portato l'*astreinte* ad affrancarsi dagli altri istituti regolamentati dall'ordinamento francese (in particolare dal risarcimento dei danni) ha avuto la sua genesi ben due secoli or sono, precisamente nel primo decennio del 1800 attraverso l'elaborazione giurisprudenziale che ha svolto un ruolo essenziale nella formazione della misura coercitiva indiretta d'oltralpe. In generale sulla figura dell'*astreinte* si rinvia a: Desdevises-Gerbay, voce *Astreintes*. Introduction, in Dalloz, *Juris-Classeur proc. civ.*, fasc. 2120, aprile 2014, reperibile online; Guerchoun, voce *Astreinte*, in Dalloz, *Répertoire proc. civ.*, *Juris-Classeur. proc. civ.*, giugno 2012, reperibile online; Leborgne, *Droit de l'exécution*, Parigi, 2014, pagg. 341 e ss.; Lauba, *Le contentieux de l'exécution*, Parigi, 2017, pagg. 687 e ss.; Piédelièvre, *Procédures civiles d'exécution*, Parigi, 2016, pagg. 374 e ss.; Fossier, *Les astreintes*, in *Droit et pratique des voies d'exécution*, diretto da Guinchard-Moussa, Dalloz, 2015/2016, pagg. 393 ss.; M. Donnier-J.B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Parigi, 2017, pagg. 144 e ss.

[21] Art. L. 131-2, al. 2, c.p.c.e.

su istanza del creditore, provvederà alla liquidazione della misura coercitiva.

Soffermandoci sul procedimento arbitrale, giova segnalare che per lungo tempo nell'ordinamento francese era prevalsa l'opinione secondo cui gli arbitri, essendo giudici privati sforniti come tali dell'*imperium*, non potevano ingiungere alla parte o al terzo, sotto pena di *astreinte*, l'esibizione di un documento da loro detenuto^[22]. Tale questione appare oggi superata a seguito del decreto n. 48 del 2011 che ha inserito nel *code de procédure civile* gli artt. 1467-1468, i quali prevedono espressamente che il *tribunal arbitral* può rivolgere alla parte o al terzo detentori di un documento un ordine di esibizione abbinandovi un'*astreinte* al fine di indurli ad adempiere. Allo stesso modo, la misura coercitiva indiretta può trovare spazio allorquando gli arbitri pronuncino misure cautelari o provvisorie al fine di assicurarne l'attuazione della loro decisione^[23].

Di particolare rilievo è poi la possibilità che l'*astreinte* possa essere applicata alla decisione di condanna sia dal *tribunal arbitral* investito della controversia, ma anche da parte del giudice dell'esecuzione allorquando la parte soccombente in sede arbitrale sia rimasta inadempiente o abbia ritardato nell'adempimento dell'obbligazione. Tuttavia, anche in Francia similmente a quanto accade nel nostro sistema giuridico processuale, l'*astreinte* inserita nella *sentence arbitrale* si mostrerà idonea a produrre i propri effetti esecutivi dopo aver conseguito l'*exequatur* rilasciato dal giudice statale^[24].

4. Rilievi conclusivi

Giunti al termine di queste brevi riflessioni sui rapporti tra misure coercitive indirette e giudizio arbitrale sembra doversi rispondere positivamente al quesito che ci eravamo posti all'inizio di questo scritto, ossia sul riconoscimento di un potere degli arbitri di munire il lodo con una misura coercitiva. Sebbene la legge non preveda una simile attribuzione, sembra tuttavia doverla ammettere in virtù dell'effettività di tutela che l'ordinamento accorda allo strumento arbitrale. Non vi è dubbio infatti che se si vuole incentivare la strada arbitrale, occorrerà assicurare che gli effetti della decisione resa dai giudici privati conducano ad una reale tutela del diritto, al pari di quanto avviene seguendo la farraginosa via giurisdizionale. L'arbitrato deve pertanto essere in grado di offrire all'utente del servizio giustizia un risultato equiparabile alla tutela giurisdizionale del diritto, mettendogli a disposizione tutte le garanzie che troverebbe optando per il ricorso all'autorità giudiziaria. La scelta quindi di comminare una misura coercitiva indiretta ad opera degli arbitri (auspicando un prossimo intervento legislativo in tal senso sul modello di quanto previsto nell'ordinamento francese) rappresenta certamente un mezzo che consente di conferire effettività alle due forme di tutela (arbitrale e giurisdizionale) in termini di efficacia e funzionalità dell'intero sistema processuale a cui si rivolge la parte che chiede l'accertamento del diritto sostanziale.

[22] Jarroson, *Réflexions sur l'imperium*, in *Mélanges Bellet*, 1991, Litec, pagg. 245 e ss.; Perrot, *L'application à l'arbitrage des règles du nouveau code de procédure civile*, in *Rev. arb.*, 1980, pag. 642; Moreau, *L'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et comparé*, ivi, 1978, pag. 323.

[23] Terré-Simmler-Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2013, pag. 1171; Chabas-Deis Beauquesne, voce *Astreinte*, in Dalloz, *Répertoire proc. civ.*, Juris-Classeur. proc. civ., reperibile on line, § 77; Guinchard-Chainais-Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2010, n. 2300; Cayrol, *Droit de l'exécution*, Parigi, 2016 pag. 104; Desdevises-Gerbay, *op. cit.*, § 48; Gaillard-De Lapasse, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in Dalloz, 2011, pag. 175; Loquin, *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage* [Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 gennaio. 2011], in *RTD com.*, 2011, pag. 255; mostrano invece alcune perplessità sul potere degli arbitri di pronunciare un'*astreinte*: Perrot-Thery, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2013, pag. 83.

[24] Cass., 4 luglio 2007, n. 05-16.586, in Dalloz, 2008, 451, con nota di Clay; Parigi, 7 ottobre 2004, in *Rev. arb.*, 2005, pag. 737, con nota di Jeuland; Parigi, 10 marzo 1995, in *Rev. arb.*, 1996, pag. 143; in dottrina Guerchoun, *op. cit.*, § 62; River, *L'arbitrage et les voies d'exécution*, in *Dr. et proc.*, 2005, pag. 198.

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO «OMISSO MEDIO»

Una nuova pronuncia sull'inammissibilità della dichiarazione di fallimento «omisso medio» (Nota alla Corte d'appello di Firenze, 16 maggio 2019, Pres. rel. I. Mariani)

di Lucilla Galanti

DEL 22 LUGLIO 2019

Sommario

1. I fatti di causa
2. La mancanza di una disciplina normativa e la propensione giurisprudenziale a dichiarare l'insolvenza in via diretta
3. La rilettura della Corte d'appello
4. L'*omisso medio* nel nuovo regime
5. Conclusioni

1. I fatti di causa

Corte d'appello di Firenze, 16 maggio 2019, Pres. rel. I. Mariani

Con la pronuncia in commento, la Corte d'appello di Firenze è intervenuta sul tema della dichiarazione di fallimento senza previa risoluzione del concordato preventivo – c.d. insolvenza *omisso medio* - escludendone, condivisibilmente, l'ammissibilità.

Nel caso di specie, il Tribunale di Arezzo aveva dichiarato il fallimento di una società in concordato preventivo su istanza del pubblico ministero; la società, infatti, come segnalato nella relazione dei commissari giudiziali, aveva incontrato difficoltà nella liquidazione dei beni aziendali e nel reperimento delle risorse necessarie per adempiere nel termine pattuito, che era già scaduto da oltre un anno. Con i motivi di reclamo, la società aveva censurato la possibilità di pervenire in via diretta alla declaratoria di fallimento: poiché il fallimento non aveva ad oggetto «fatti sopravvenuti», l'unico modo per far valere «l'inadempimento all'originaria obbligazione concordataria passava dalla risoluzione».

Accogliendo la prospettiva della reclamante, il Collegio fiorentino ha ritenuto la «inammissibilità del fallimento

della impresa in concordato preventivo laddove non si sia prima pronunciata la risoluzione *ex art. 186 l. fall.*» e, di conseguenza, ha revocato la declaratoria di fallimento.

2. La mancanza di una disciplina normativa e la propensione giurisprudenziale a dichiarare l'insolvenza in via diretta

Per comprendere la rilevanza della decisione, occorre delineare il panorama, normativo e giurisprudenziale, in cui essa si colloca.

Sotto il profilo normativo, nell'ambito del concordato preventivo la risoluzione trova disciplina all'*art. 186 l. fall.*, che individua i soggetti legittimati all'azione e i relativi presupposti: in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, i creditori possono chiedere la risoluzione del concordato entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento. Non si specifica, invece, quale rapporto vi sia tra tale domanda e quella di fallimento, e se cioè quest'ultima sia esperibile anche in difetto di previa risoluzione.

Una disciplina manca anche nel *c.c.i.*; nemmeno nel nuovo codice, infatti, viene espressamente superato il dubbio se la risoluzione del concordato preventivo si ponga come condizione necessaria per giungere (non più alla dichia-

razione di fallimento, bensì) all'apertura della liquidazione giudiziale[1].

Sotto il profilo giurisprudenziale, nel silenzio normativo, sia la Corte di cassazione[2], sia le corti di merito[3], hanno a più riprese sostenuto l'ammissibilità dell'insolvenza "diretta".

Da un lato, si ritiene che la dichiarazione di insolvenza senza previa risoluzione concordataria si giustificerebbe quando ad essere fatto valere ai fini fallimentari sia un credito nuovo, diverso da quello sul quale si è fondato l'accordo concordatario; novità di cui, però, viene da-

ta una lettura estremamente estesa, ritenendo nuovo anche il credito meramente falcidiato a seguito della procedura concordataria, con ciò stesso escludendo ogni possibile selettività del concetto[4].

Dall'altro, si afferma che la dichiarazione *omisso medio* potrebbe avvenire su domanda dei soggetti privi di legittimazione ad agire in risoluzione. In tal senso, poiché a poter agire *ex art. 186 l. fall.* sono esclusivamente i creditori, la dichiarazione di insolvenza diretta potrebbe fondarsi sulla domanda di chi creditore non sia: innanzitutto, il p.m. [5].

[1] Vi è, però, una generale esigenza di coordinamento sottesa all'eventuale pluralità di iniziative volte a regolare una medesima situazione di insolvenza, privilegiando la prospettiva concordataria; si v., in tal senso, l'*art. 7*, in cui si pone un principio di prioritaria trattazione della domanda volta a regolare la crisi in forma concordata (o, meglio, diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata). La «doverosa preferenza per le procedure concorsuali volontarie» all'interno della riforma è messa in rilievo da G. Costantino, *Note sui rapporti tra concordato preventivo e fallimento nel disegno di delega per riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2017, 626-627. Lo strumento di coordinamento individuato, nella nuova disciplina, è quello della riunione; se, infatti, il modello originariamente previsto dalla riforma «avrebbe dovuto tradursi in un vero e proprio procedimento unico», in cui far confluire le diverse iniziative, oggi si verifica, invece, una «riunione dei procedimenti»: I. Pagni, *L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 549-550.

[2] Si v., in part., Cass. civ., sez. VI, *17 luglio 2017, n. 17703*, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce Fallimento, n. 223; e, nello stesso senso, Cass. civ., sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 29632, in *Fall.*, 2018, 731.

[3] In tal senso, si v., *ex multis*, Trib. Livorno, 26 luglio 2018, in *osservatorio-oci.org.*, nonché Trib. Bari, 3 marzo 2017, *ivi*.

[4] Si mette infatti in rilievo come non sussistano preclusioni alla dichiarazione di fallimento di società con concordato preventivo omologato «ove si faccia questione [...] dell'inadempimento di debiti già sussistenti alla data del ricorso *ex artt. 160-161 l.fall.* e però modificati con detta omologazione»: Cass. civ., sez. VI, *17 luglio 2017, n. 17703*, cit.; è, infatti, possibile ottenere «la instaurazione di un fallimento *ex novo*, nel quale le obbligazioni idonee a sostenere il giudizio d'insolvenza (e in prospettiva il passivo concorsuale) sono quelle riscritte (cioè falcidiate e destrutturate rispetto al rango privilegiato) a seguito dell'omologazione oltre ad altre sopravvenute (e solo queste nella loro integralità)»: v. Cass. civ., sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 29632, cit. In questa prospettiva, come sottolineato dalla Corte, sarebbe «fatto sopravvenuto ogni circostanza successiva all'omologazione, cioè al limite organizzativo in cui ancora opera il raccordo di pregiudizialità-coordinamento necessario tra concordato e istanze di fallimento». Nel senso che ai fini della dichiarazione di fallimento *omisso medio*, per stabilire se ricorra lo stato di insolvenza «si deve tener conto non delle obbligazioni che l'imprenditore aveva originariamente, ma di quelle risultanti a seguito della omologazione (e, quindi, quelle falcidiate e non quelle nella loro integralità)», v. anche Trib. Livorno, 26 luglio 2018, in *osservatorio-oci.org*.

[5] La legittimazione del p.m. è stata riconosciuta da Trib. Torino, 26 luglio 2016, in *Il Caso*. Ipotizzando un fenomeno di risoluzione "implicita", anche Cass. civ., I, *17 ottobre 2018, n. 26002*, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce Fallimento, n. 248, rispetto ad una domanda proposta dal p.m., ha ritenuto che, «quando il piano non si sia consolidato (in pendenza del termine per la proposizione del ricorso, a norma dell'*art. 186, comma 3, l.fall.*) il fallimento sopravvenuto *medio tempore* determina la caducazione del concordato quale effetto della risoluzione implicita dello stesso». In una prospettiva analoga, si ritiene che pure il debitore concordatario possa agire per il proprio fallimento quando sia palese l'impossibilità di adempiere: v. Trib. Napoli Nord, sez. III, 13 aprile 2016, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1338 ss. *Contra*, v., però, Trib. Padova, *30 marzo 2017*, in *Il fallimentarista*, ove si è escluso che sia possibile «dichiarare il fallimento della società senza previa risoluzione, per di più su istanza dello stesso proponente il concordato ormai omologato», non ravvisandosi, tra l'altro, «l'interesse giuridico a tutela del quale si dovrebbe consentire al debitore in concordato di richiedere il proprio autofallimento». Analogamente si afferma come «la disponibilità del concordato da parte del debitore cessa con l'omologa, termine ultimo di configurabilità di una rinuncia alla domanda di concordato»: Trib. Pistoia 20 dicembre 2017, in *Fall.*, 2018, 735. Anche la prospettiva della dottrina è contraria: v. S. Ambrosini, *La risoluzione del concordato preventivo e la (successiva?) dichiarazione di fallimento: profili ricostruttivi del sistema*, in *Il Caso*, 6 settembre 2017, 10; M. Ratti – A. Pezzano, *L'irrealizzabile esecuzione del concordato preventivo: il fallimento senza risoluzione*, in *Fall.*, 2018, 748; G. Moreschini, *La dichiarazione di fallimento della società in concordato: il problema dell'omisso medio*, in *Il fallimentarista*, 26 aprile 2018, 5. Sulla questione, si v. anche R. Tarolli – L. Riondato, *L'inadempimento del concordato e il fallimento c.d. "omisso medio"*, in *Il fallimentarista*, 26 marzo 2018; D. Galletti, *Fallimento del debitore concordatario in assenza o nell'impossibilità di*

3. La rilettura della Corte d'appello

La Corte d'appello si pone in disaccordo rispetto ad entrambe le opzioni ricostruttive.

Quanto al secondo profilo, la pronuncia esclude che il p.m. possa considerarsi legittimato ad agire per la domanda di fallimento in presenza di concordato. L'[art. 71 fall.](#), infatti, nel prevedere i casi in cui l'iniziativa è attribuita al p.m., ne «limita il potere» a quelli previsti, «tra i quali non si rinviene neppure estensivamente» l'inadempimento agli obblighi concordatari. Al contrario, valorizzando «l'aspetto contrattuale» della procedura, l'ordinamento attribuisce «esclusivamente ai creditori» la decisione di richiedere la risoluzione del concordato, «unica possibilità di reazione creata dall'ordinamento per l'inadempimento», a seguito della quale si potrà, poi, accedere al fallimento^[6]. In effetti, la domanda di fallimento proposta dal p.m., se contrasterebbe con il principio di autotutela creditoria, alla quale è improntata la attuale disciplina concordataria, consentirebbe altresì di aggirare il dato normativo, ottenendo un effetto – lo scioglimento del concordato – che, sulla base dell'azione di risoluzione, gli è precluso.

Allo stesso modo, la Corte d'appello si pone in espresa dissonanza rispetto ai giudici di legittimità: non condivide, infatti, «la ricostruzione dei debiti falcidiati come nuove obbligazioni rispetto al debito ammesso al concor-

dato», né ritiene «che la insolvenza al patto concordatario sia nuova insolvenza del debitore imprenditore, rispetto alla insolvenza originaria valutata con la omologa del concordato preventivo. La causa del debito è sempre il titolo originario e la falcidia attiene solo alla quantificazione».

4. L'omisso medio nel nuovo regime

D'altro canto, ragioni ostative alla declaratoria *omisso medio* sembrano potersi trarre anche dal [c.c.i.](#) Nel nuovo codice, infatti, viene conservata una legittimazione «ristretta» ad agire in risoluzione del concordato; che spetta, tendenzialmente, ai creditori. Seppure, in aggiunta, l'azione sia attribuita (ma, meglio, ri-attribuita) anche al commissario giudiziale, la domanda di quest'ultimo presuppone, però, una richiesta proveniente in tal senso dal ceto creditorio^[7].

Si è così inteso individuare un bilanciamento tra autotutela ed eterotutela dei creditori: se, infatti, di fronte ai timori insiti nella previsione di un meccanismo risolutivo ad essi riservato, e che, come forma di reazione all'apatia creditoria, aveva indotto a giustificare la proposizione della domanda di fallimento da parte del p.m., la nuova legittimazione del commissario giudiziale^[8] consente di sopperire ad eventuali esigenze difensive, frapponendosi a forme di inattività patologica^[9].

pronunziare la risoluzione del concordato, in *Il fallimentarista*, 29 luglio 2015; M. Paneri, *Ammissibilità della dichiarazione di fallimento in assenza di risoluzione del concordato*, in *Il fallimentarista*, 2 agosto 2016; G.P. Macagno, *Effetti esdebitatori del concordato preventivo in pendenza del termine di risoluzione e sopravvenuta dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2019, 337.

^[6] Per la Corte questa conclusione valorizza, innanzitutto, la circostanza che sia stata «abrogata la possibilità del fallimento automatico e di ufficio quale naturale conseguenza della dichiarata risoluzione», con una «accentuazione della ricostruzione del concordato come patto tra debitore e creditori, [...] sul quale il Tribunale esercita certamente uno stringente controllo di legalità, ma senza sostituzione nelle decisioni che attengono alla sfera della valutazione dell'interesse economico del creditore».

^[7] Ai sensi dell'[art. 119, comma 1](#), c.c.i., infatti, «[c]iascuno dei creditori e il commissario giudiziale, ove richiesto da un creditore, possono richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento». Si tratta di un ritorno alla disciplina precedente al 2007, quando l'[art. 186](#), rimandando all'[art. 137](#), e intendendo «sostituito al curatore il commissario giudiziale», consentiva la risoluzione anche per iniziativa dell'organo della procedura. Si è infatti messo in rilievo come la riforma del 2007, con l'esclusione della possibilità di chiedere la risoluzione da parte del commissario giudiziale, ha avuto l'effetto di rendere più stabile l'esito concordatario, «poiché davvero pochi creditori si sono mostrati disponibili ad affrontare le spese legali aggiuntive necessarie per promuovere un procedimento di risoluzione»: F. Lamanna, *Fallimento dell'impresa in concordato senza previa risoluzione: un problema ancora aperto*, in *Il fallimentarista*, 5 maggio 2017, 3. Le perplessità derivanti dall'aver gravato i creditori di tale iniziativa giudiziale sono rilevati da S. Ambrosini, *La risoluzione*, cit., 3.

^[8] Benché su «richiesta» dei creditori; e si tratterà, allora, al più di valutare in quali forme tale richiesta debba estrinsecarsi.

^[9] Come spiega la Relazione illustrativa, tale attribuzione «è finalizzata ad evitare che vi siano procedure concordatarie che si prolunghino per anni ineseguite in quanto i creditori, spesso scoraggiati dall'andamento della procedura e preoccupati dei costi per l'avvio di un procedimento giudiziale, non si vogliono assumere l'onere di chiederne giudizialmente la risoluzione». Allo stesso tempo, poiché la domanda del commissario presuppone la richiesta di un creditore, trova altresì conferma «il principio secondo il quale l'atto di impulso ai fini risolutivi deve pur sempre promanare dal ceto creditorio»: «i creditori, che sono arbitri delle sorti del debitore attraverso il voto [...] sono ad un tempo i soli legittimati a eccepirne l'inadempimento, provocando la risoluzione del concordato»: S. Ambrosini, *La risoluzione*, cit., 3 e 5.

5. Conclusioni

La soluzione della Corte d'appello pare, allora, del tutto condivisibile. Sembra infatti che l'unica possibilità di conservare uno spazio applicativo alla dichiarazione di insolvenza *omisso medio* sia quella che si fondi su un credito realmente "nuovo"^[10].

Non possono, tuttavia, ritenersi tali i crediti pregressi al concordato omologato, semplicemente in quanto considerati nella forma rimodulata in via concordataria anziché nell'originario ammontare; in questo modo, si svuoterebbe di ogni possibile contenuto il concetto di novità, che di fat-

to comprenderebbe ogni credito preesistente al concordato, purché "rinnovato" nella sua veste e falcidiato.

Al contrario, nuovi dovrebbero ritenersi soltanto i crediti sorti in ragione di fatti sopravvenuti alla procedura concordataria e, in particolare, di una successiva attività di impresa. Quando di fronte a tali crediti trovi origine una (nuova) insolvenza, non ponendosi alcuna interferenza con quella pregressa già disciplinata dalla procedura concordataria, sarebbe effettivamente ammissibile una dichiarazione di fallimento senza previa risoluzione del (precedente, ma estraneo) concordato.

[10] Infatti, «il fallimento *omisso medio* richiede, a differenza di quello in *consecutio* alla risoluzione, l'integrarsi, oltreché dell'inadempimento alle obbligazioni concordatarie per come "riscritte", l'accertamento d'una "nuova insolvenza"; insolvenza che riveste "il carattere della novità solo se riferibile ad obbligazioni sopravvenute alla chiusura del procedimento concordatario»: M. Ratti – A. Pezzano, *L'irrealizzabile esecuzione del concordato preventivo*, cit., 748 e 755. Nello stesso senso, si sottolinea che «non può esservi affatto una nuova insolvenza con riferimento alle medesime obbligazioni concorsuali, nemmeno con riferimento alla restante parte falcidiata di esse, quando non vi sia stata prosecuzione dell'impresa e gli unici beni da liquidare e con i quali soddisfare le obbligazioni concorsuali siano quelli già interamente ceduti»; deve al contrario emergere una «nuova e sopravvenuta situazione di insolvenza, valevole però, beninteso, solo nei confronti dei nuovi creditori (essendo invece irrilevante per i "vecchi")»: F. Lamanna, *Fallimento dell'impresa in concordato senza previa risoluzione*, cit., 3 e 5. In tal senso, la possibilità di una declaratoria di fallimento senza previa risoluzione può essere ammessa quando «sia maturata una nuova insolvenza e agisca in giudizio un creditore non concordatario, bensì nuovo (nel senso che ha maturato un credito dopo la omologazione del concordato in virtù della prosecuzione dell'attività imprenditoriale)»: Trib. Rovigo, 7 dicembre 2017, n. 86, cit. in *Fall.*, 2018, 633.cit.

TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA CON DUE PADRI

Gestazione per altri: il limite dell'ordine pubblico alla trascrizione dell'atto di nascita con due padri (Nota a Cassazione, Sezioni Unite n. 12193 del 2019)

di Giovanni Genova

DEL 23 LUGLIO 2019

Sommario

Premessa

Il concetto di ordine pubblico internazionale e la gestazione per altri
Applicabilità della stepchild adoption anche in caso di surrogazione di maternità
Rito applicabile alla controversia e relativa competenza
Carenza di legittimazione attiva in capo al pm a differenza di sindaco e ministero
Contestato difetto di giurisdizione della corte di merito
La realtà odierna della "stepchild adoption" in Italia
Conclusioni

Premessa

Cassazione civile, Sezioni Unite n. 12193 del 2019

Dopo alcune pronunce della Prima Sezione della Suprema Corte sul tema della genitorialità same sex [1] e sulla trascrizione in Italia degli atti di nascita formati all'estero riportanti le generalità di due madri [2], giunge davanti all'esame delle Sezioni Unite l'istituto giuridico della "gestazione per altri" (o GPA) con particolare riguardo alla trascrizione in Italia della rettifica dell'atto di nascita di un minore, nato all'estero grazie ad un progetto di omogenitorialità maschile, sulla base di una sentenza straniera accertante una doppia paternità.

La gestazione per altri (comunemente definita anche maternità surrogata) è un procedimento di procreazione medicalmente assistita, mediante il quale una donna si impegna (a fronte della sottoscrizione di apposito contratto) a condurre e portare a termine una gravidanza (mediante l'impianto di un ovulo altrui, fecondato in vitro) per conto di terze persone, incapaci di generare o di concepire, che forniscono il proprio e/o l'altrui materiale genetico.

Tale pratica è vietata in Italia dall'art. 12 comma 6 della Legge 40/2004, che commina, in caso di violazione, la sanzione penale della reclusione dai tre mesi ai due anni, accompagnata da quella della multa da 600.000,00 ad 1.000.000,00 di euro.

Diversamente, essa è legale e disciplinata in altri paesi europei ed extraeuropei che ne consentono l'accesso sia a coppie solo eterosessuali (come ad esempio in Grecia, Ucraina ed India), sia a coppie eterosessuali ed omosessuali, come nel caso di Gran Bretagna, Canada o di alcuni stati degli USA.

Nella fattispecie in esame, due uomini erano ricorsi in Canada alla GPA, ottenendo in un primo tempo un certificato di nascita riportante l'indicazione, quale unico genitore del neonato, del padre che aveva fornito il proprio materiale biologico, fecondante l'ovulo fornito da una donatrice. Tale certificato era stato regolarmente trascritto in Italia.

Successivamente i due avevano adito l'Autorità Giudiziaria canadese per veder rettificato tale atto con l'aggiunta del c.d.

[1] Cass. Civ., Sez. 1, n. 12962/16 del 22.06.2016

[2] Cass. Civ., Sez. 1, n. 14878/17 del 15.06.2017 e n. 19599/16 del 30.09.2016,

“padre sociale” o “di intenzione”, cioè del partner del padre che aveva condiviso con lui il progetto comune di genitorialità (coniugato secondo l'ordinamento giuridico di tale paese). Ottenuta la modifica, avevano richiesto, in forza di tale sentenza, la rettifica dell'atto di nascita trascritto in Italia, ottenendo il diniego da parte dell'Ufficiale di Stato civile del Comune di Trento.

Richiesta alla Corte d'Appello di Trento l'accertamento dei requisiti del riconoscimento della pronuncia straniera, ai sensi dell'art. 67 della legge 218/95, l'avevano ottenuta, con conseguente trascrizione in Italia dei suoi effetti.

La sentenza della Corte di merito era stata impugnata dal Sindaco, quale Ufficiale di Stato civile, dal Ministero degli Interni, quale organo titolare del potere di coordinamento e indirizzo sulla tenuta dei registri di stato civile, e dal Pubblico Ministero, parte necessaria nei giudizi ove si discute in materia di status delle persone, intervenuto nel giudizio di primo grado avanti la Corte d'Appello.

Le principali doglianze avanzate dai ricorrenti riguardavano:

1. la contrarietà del provvedimento canadese all'ordine pubblico, in quanto avente ad oggetto l'accertamento di un rapporto genitoriale con persone del medesimo sesso;
2. il difetto di giurisdizione della Corte d'Appello che avrebbe invaso la sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore;
3. l'assenza di competenza in capo alla Corte d'Appello, in quanto trattandosi di una questione afferente una trascrizione nei registri di stato civile, sarebbe stato competente in primo grado il Tribunale nel cui circondario era situato il Comune adito;
4. la contrarietà del provvedimento canadese all'ordine pubblico, in quanto in contrasto con i principi e i valori ritenuti fondamentali nel nostro ordinamento, al punto da essere considerati parte integrante ed imprescindibile del sostrato giuridico nazionale

Il concetto di ordine pubblico internazionale e la gestazione per altri

Il profilo più interessante ed innovativo, anche rispetto alla precedente giurisprudenza di legittimità (che peraltro è stato l'elemento determinante della remissione del procedimento alle Sezioni Unite [3]), è quello relativo alla lamentata contrarietà della richiesta rettificazione anagrafica all'ordine pubblico.

Secondo la concezione tradizionale [4], “il concetto di ordine pubblico internazionale individua il complesso dei principi, posti dalla Costituzione, dal diritto comunitario e dalle leggi (anche in via di attuazione del diritto comunitario e adattamento al diritto internazionale) che sono così caratterizzanti da costituire il cardine della struttura etica, sociale e giuridica della comunità nazionale in un determinato momento storico, e che quindi devono essere rispettati per mantenere l'armonia del sistema giuridico interno (Cass. Civ., SS.UU. n. 7447/93 del 07.07.1993, Corte Cost. n. 18/82 del 02.02.1982, Cass. Civ. n. 13928/99 del 13.12.1999). Si tratta di principi giuridici (...) che ricomprendono la tutela dei diritti umani fondamentali (Cass. Civ. n. 3646/13 del 14.02.2013). Tali principi sono generalmente posti da norme imperative, cioè inderogabili, ma possono anche ricavarsi dal sistema.”

In questo alveo, nella specifica materia della trascrizione in Italia di un certificato di nascita straniero riportante quali genitori due mamme, la Prima Sezione della Suprema Corte, con sentenza n. 19599/16 aveva espresso il principio di diritto secondo cui “il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64 e 65 della L. 218/95 e 18 DPR n. 396/00, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili anche dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.”

Tale principio, nella specifica materia dei diritti inviolabili dell'uomo, apparentemente innovava l'orientamento consolidato, attenuando maggiormente la permeabilità del diritto interno rispetto ad istituti e normative straniere, con la riduzione della rilevanza della legislazione ordinaria di sistema e la valorizzazione pressoché esclusiva dei soli principi fondamentali delle carte di rilievo costituzionale, circoscrivendo così considerevolmente l'ambito di valutazione del giudice nazionale al solo bilanciamento fra questi ultimi.

Ciò aveva consentito a quella sezione della Corte di Cassazione di considerare legittima la trascrizione dell'atto

[3] con ordinanza Cass., Civ. Sez. 1, n. 4382/18 del 22.02.2018.

[4] riportata in Barel-Armellini, “Diritto internazionale privato”, Giuffrè, 2017, pagg. 84-85.

di nascita straniero in esame, sul presupposto che in tale materia si deve “*avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello status filiationis, validamente acquisito all'estero*”, principio sicuramente vincente sulle prescrizioni della [Legge n. 40 del 2004](#) che “*rappresenta*” solo “*una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte del legislatore non sono costituzionalmente obbligate*”.

Secondo quel Giudice, infatti, la [Legge 40/04](#) non costituiva la concretizzazione nell'ordinamento di alcun principio costituzionale di rilevanza primaria e pertanto le sue prescrizioni erano quindi destinate a soccombere nell'effettuato bilanciamento con il *favor filiationis* che invece tale rango possedeva.

A questa interpretazione del concetto di ordine pubblico internazionale aveva però fatto da contraltare la sentenza delle Sezioni Unite [n. 16601/17 del 05.07.2017](#) in materia di danno punitivo, che aveva espresso il seguente principio di diritto: “*la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale.*”

Con questa pronuncia, seppur in un ambito marcatamente economico e quindi al di fuori della specifica materia della tutela dei diritti inviolabili della persona, la Corte di Cassazione era tornata all'orientamento più consolidato, che dava rilievo non solo ai principi costituzionali di rango primario, ma anche all'intero impianto normativo (costituzionale ed ordinario) per quanto esso rappresentasse scelte di sistema del legislatore.

Le Sezioni Unite della Corte, nella sentenza che ci occupa, hanno ritenuto di non discostarsi da questo orientamento e hanno voluto verificare se, in materia di genitorialità medicalmente assistita, oltre ai principi costituzionali primari vi fossero altri principi fondamentali dell'ordinamento, *aliunde* presenti, da porre in bilanciamento con i primi.

Andava quindi nuovamente analizzato il portato della disciplina introdotta dalla [Legge 40/04](#), per valutare se questa contenesse norme integranti regole di sistema rilevanti ai fini della determinazione dell'ambito dell'ordine pubblico internazionale.

Sul punto, la Corte Costituzionale, con la sentenza [n.](#)

[162/14](#) del 10.06.2014, aveva affermato che la [Legge 40/04](#) è costituzionalmente necessaria pur non avendo un contenuto costituzionalmente vincolato e costituisce “*la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore (...) che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa*” (Corte Cost. [n. 45/2005](#)).

Premesso quindi che in tema di riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri “*la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all'estrapolazione dei principi fondamentali sulla base non solo dei solenni enunciati della costituzione e delle convenzioni e dichiarazioni internazionali, ma anche dell'interpretazione della legge ordinaria, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell'ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico*”, la Suprema Corte ha evidenziato come la disciplina introdotta da tale legge, così come affermato anche dalla Corte Costituzionale con sentenza [347/98](#), costituisce un primo necessario bilanciamento tra la pluralità degli interessi costituzionali coinvolti, tale da assicurare un livello minimo di tutela legislativa, appartenente primariamente alla valutazione del legislatore.

Pertanto, risultando ragionevole che la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, anche indipendentemente dal legame genetico, abbia dei limiti (come affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza [n. 162/14](#)), le Sezioni Unite hanno ritenuto che andava necessariamente annoverato tra questi il divieto della surrogazione di maternità, introdotto dalla [Legge 40/04](#), avendo la gestazione per altri un contenuto ontologicamente diverso dalle tecniche di fecondazione eterologa, tanto da aver ricevuto dal legislatore un trattamento sanzionatorio totalmente diverso e ben più grave, che tien conto dell'offesa arrecata da tale pratica alla dignità della donna e della profonda minaccia da questa arrecata alle relazioni umane (così come sostenuto dalla Corte Costituzionale con sentenza [n. 272/17](#)). Così come aveva già affermato la Prima Sezione della stessa Corte di legittimità, con sentenza [n. 24001/14 del 11.11.2014](#), in materia di gestazione per altri, le prescrizioni della [Legge 40/04](#), in particolare quelle di natura penale, escludono dunque la conformità di tale istituto all'ordine pubblico internazionale, per la sua contrarietà alla dignità umana della gestante, oltre che per l'oggettivo conflitto con l'istituto della adozione.

Le Sezioni Unite quindi, preso atto della normativa vigente e della sua rilevanza di sistema, hanno ritenuto di non poter fare altro che condividere il bilanciamento già operato dal legislatore tra la conservazione del *favor filiationis* (espressione del superiore interesse del minore tutelato dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989 [5]) e il *favor veritatis*, essendo il primo destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, il cui divieto “viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica”.

Applicabilità della stepchild adoption anche in caso di surrogazione di maternità

La Corte evidenzia però come il superiore interesse del minore possa e debba essere tutelato non solo mediante la legittima e necessaria attribuzione della paternità al genitore biologico, ma anche attraverso l'utilizzo di una procedura giudiziaria tesa alla costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, mediante l'istituto (alternativo alla surrogazione) della adozione, così come già evidenziato dalla già citata sentenza n. 24001/14.

A questi fini le Sezioni Unite richiamano espressamente l'orientamento, già espresso dalla Suprema Corte in materia di fecondazione eterologa [6], ritenendo applicabile al genitore intenzionale, anche in caso di gestazione per altri, l'istituto della adozione in casi particolari disciplinato dall'art. 44 comma primo, lettera d) della Legge 184/83.

In base a tale citato orientamento, coerente con quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 383/99, “l'art. 44 comma 1 lettera d) della legge 184/83 integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del

concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatasi con gli altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della *conditio legis* della « constata impossibilità di affidamento preadottivo », che va intesa, in coerenza con lo stato di evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva, come impossibilità « di diritto » di procedere all'affidamento preadottivo e non impossibilità « di fatto », derivante da una situazione di abbandono (o di semiabbandono) del minore in senso tecnico-giuridico” [7].

“La mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando, inoltre, implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (...) che in concreto (...), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio partner” [8].

È infatti giurisprudenza costante di legittimità che è da considerarsi un semplice pregiudizio che una coppia omosessuale non possa costituire un corretto ambiente educativo per un minore tale da garantirgli un adeguato sviluppo [9].

Tale chiara presa di posizione delle Sezioni Unite di fatto respinge l'anacronistico primo motivo di ricorso avanzato dal Pubblico Ministero (in persona del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Trento), che aveva eccepito la contrarietà del provvedimento canadese all'ordine pubblico, in quanto avente ad oggetto l'accertamento di un rapporto genitoriale con persone del medesimo sesso e che non ha visto un rigetto nel merito *expressis verbis* solo perché il ricorso del Procuratore Generale presso la corte d'Appello è stato dichiarato inammissibile.

Rito applicabile alla controversia e relativa competenza

Ulteriore motivo di particolare interesse processual-civile è il motivo di impugnazione avanzato da Ministero dell'Interno e Sindaco di Torino afferente la mancata

[5] Ratificata in Italia con Legge n. 176 del 27.05.1991.

[6] Cass. Civ., Sez. 1, n. 12962/16 del 22.06.2016.

[7] Cass. Civ., Sez. 1, n. 12962/16 del 22.06.2016 Massima.

[8] Cass. Civ., Sez. 1, n. 12962/16 del 22.06.2016 Massima.

[9] Cass. Civ., Sez. 1, n. 601/13 del 11.01.2013. Dello stesso avviso, peraltro, si è dichiarata anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, citata dalla Cassazione nella sentenza 12962/16, che nella sentenza 19.02.13 (ricorso n. 19010/07) ha affermato il principio secondo cui in tema di adozione del figlio del partner il principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 della Convenzione impone di non operare ingiustificate disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e quelle formate da persone dello stesso sesso.

competenza della Corte d'Appello in relazione al giudizio di primo grado del procedimento *de quo*, in quanto, seppur vertendosi formalmente del riconoscimento in Italia della efficacia di una sentenza straniera, in ultima analisi si dibatteva della modifica dello *status* del minore, al quale si voleva attribuire la paternità del genitore di intenzione, la cui competenza, a loro avviso, andava attribuita al Tribunale del circondario, in quanto competente per il procedimento di rettificazione dei registri di stato civile. Secondo la Suprema Corte l'istituto del riconoscimento dei provvedimenti stranieri (di cui all'art. 67 della Legge 218/95, da svolgersi avanti la Corte d'Appello) e quello di rettificazione ex art. 95 DPR 396/00 (da celebrarsi innanzi al Tribunale) hanno due diverse funzioni ben specifiche: il primo è teso semplicemente a risolvere contestazioni in ordine all'efficacia di provvedimenti giurisdizionali stranieri o a consentirne l'esecuzione nel nostro ordinamento, mentre il secondo mira ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto e quella risultante dai registri dello stato civile, a causa di un vizio comunque originatosi nel procedimento di formazione dei relativi atti.

Dopo l'entrata in vigore della Legge 218/95, che ha eliminato la necessità di "delibazione" del provvedimento straniero e disposto il suo riconoscimento automatico (salvo nei casi in cui contrasti con l'ordine pubblico o norme imperative di legge) non deve essere più riconosciuta la prevalenza del primo sul secondo, in virtù di una maggiore genericità, ma va attentamente valutata la fattispecie in esame, per individuarne con esattezza l'oggetto.

Nel caso che ci occupa, la domanda è tesa al riconoscimento di uno *status filiationis* emergente dal provvedimento straniero, la cui trascrivibilità nei registri dello stato civile viene contestata non già per un vizio di carattere formale, ma per l'insussistenza dei requisiti di carattere sostanziale cui gli artt. 64-66 della legge n. 218 del 1995 subordinano l'ingresso nel nostro ordinamento.

Pertanto, tale contestazione, investendo la stessa possibilità di ottenere il riconoscimento dello *status* accertato o costituito dal provvedimento straniero, dà luogo ad una vera e propria controversia di stato, per la cui risoluzione la costante giurisprudenza di legittimità esclude l'applicabilità del procedimento di rettificazione, in virtù dell'osservazione che tale questione deve essere necessariamente risolta nel contraddittorio delle parti, in un giudizio con-

tenzioso avente ad oggetto per l'appunto lo *status della persona* [10].

Ciò comporta che vada adottata la procedura di cui al combinato disposto di cui all'art. 67 della legge n. 218 del 1995 e l'art. 30 del DLGS 150/2011 (il rito sommario di cognizione) con competenza della Corte d'Appello del luogo ove il provvedimento andava trascritto.

In tale giudizio potrà e dovrà quindi essere contestualmente avanzata sia la richiesta di trascrizione, sia quella (non meramente accessoria e consequenziale) di riconoscimento, con relativa instaurazione del contraddittorio nei confronti dell'organo il cui rifiuto di trascrivere il provvedimento straniero ha dato origine alla controversia, non potendosi negare a quest'ultimo la qualifica di «interessato», nel senso previsto dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995, non spettante esclusivamente ai soggetti che hanno assunto la veste di parti nel giudizio in cui il provvedimento è stato pronunciato, ma anche a quelli direttamente coinvolti nella sua attuazione [11].

Carenza di legittimazione attiva in capo al pm a differenza di sindaco e ministero

Ciò comporta che il Pubblico Ministero, ai sensi dell'art. 70 primo comma n. 3 c.p.c., considerato l'oggetto e il rito del giudizio *de quo*, avrà un potere di intervento, a pena di nullità rilevabile d'ufficio (derivante dall'indubbio interesse ad evitare che possano trovare ingresso nel nostro ordinamento giuridico provvedimenti contrari all'ordine pubblico riguardanti lo stato delle persone), ma non l'autonomo potere di impugnazione, che gli spetterebbe invece nelle cause previste dall'art. 72 'terzo e quarto commac.p.c. e da quelle che egli stesso avrebbe potuto proporre, quale, ad esempio, quella di cui all'art. 95, secondo comma, del DPR 396/00, a prescindere dalla circostanza che abbia preso parte o meno al primo grado di giudizio.

Il suo ricorso quindi va dichiarato improcedibile.

E questo a differenza di quello proposto dal Ministero dell'Interno, in persona del suo Ministro *pro tempore*, che, secondo la Suprema Corte, era contraddittore nel merito e soggetto legittimato ad impugnare, in quanto portatore di uno specifico interesse all'uniforme tenuta dei registri anagrafici in qualità di titolare della funzione amministrativa esercitata dal Sindaco quale ufficiale di stato ci-

[10] Vedasi, in proposito Cass. Civ., Sez. 1, n. 12746 del 21.12.1998, n. 2776 del 27.03.1996 e n. 951 del 26.01.1993.

[11] cfr. Cass. Civ., Sez. 1, n. 220 del 08.01.2013.

vile [12], anch'esso, in tale veste, parte necessaria e attivamente legittimata in ogni giudizio relativo alla trascrizione degli atti anagrafici, come quello *de quo*.

Contestato difetto di giurisdizione della corte di merito

Ultimo motivo di ricorso di qualche interesse è il difetto di giurisdizione contestato alla Corte di merito per aver ecceduto i limiti propri della magistratura, invadendo la sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore, *“anche mediante il richiamo della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, non applicabile direttamente al Giudice nazionale e comunque inidonea a giustificare una completa equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali in relazione ad ogni aspetto del diritto di famiglia”*. Sul punto l’orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità è granitico nell’individuare il difetto di giurisdizione solo nel caso in cui il magistrato non si sia limitato ad applicare una norma giuridica esistente, ma ne abbia creata una nuova, in tal modo esercitando un’attività di produzione normativa estranea alla sua competenza. Nel caso di specie, invece, a parere della Suprema Corte, la Corte d’Appello ha correttamente giustificato la propria decisione attraverso il richiamo a una pluralità di indici normativi, collegati tra loro ed interpretati alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, dai quali ha giustamente tratto la convinzione che il modello di genitorialità cui s’ispira il nostro ordinamento, nell’attuale momento storico, non possa più considerarsi fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, ma debba tener conto anche di nuove fattispecie contrassegnate dalla costituzione di un legame familiare derivante dalla consapevole assunzione da parte di un genitore “sociale” o “di intenzione” della responsabilità di allevare ed accudire il nascituro, nel quadro di un progetto di genitorialità concepito all’interno di una vita di coppia con il genitore biologico.

Questo non ha comportato affatto una “creazione” normativa, ma ha integrato esclusivamente una ricostruzione della *voluntas legis* mediante il coordinamento sistematico delle norme in vigore. In questo modo il giudice di pri-

me cure non ha quindi fatto altro che attenersi al compito interpretativo che gli è proprio.

conformità della decisione della corte in materia di gestazione per altri all’orientamento della corte europea per i diritti dell’uomo

Quasi in contemporanea alla pubblicazione della sentenza in commento, avvenuta l’8 maggio 2019, veniva pubblicato il parere 10 aprile 2019 (d.n. P16-2018-001) emesso dalla *Grande Chambre* della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo su richiesta della Corte Costituzionale Francese, relativo alla possibilità di riconoscimento nel diritto nazionale di quel paese (che vieta la maternità surrogata come il nostro) di un rapporto di filiazione tra un bambino nato da una gestazione per altri praticata all’estero e la madre “intenzionale”.

Nel caso di specie, infatti, i gameti del padre biologico erano stati utilizzati per una inseminazione in vitro di un ovulo di una donatrice, la cui gestazione era stata affidata ad una diversa donna per una surrogazione di maternità. La Corte, dopo un lungo *excursus* sulle legislazioni in essere nei vari paesi aderenti alla Convenzione, giunge alla conclusione che, in virtù dell’art. 8 della Convenzione CEDU, il diritto al rispetto della vita privata del minore comporta necessariamente che il diritto in vigore in ogni stato membro fornisca la possibilità del riconoscimento di un rapporto di filiazione tra quel bambino e il genitore “di intenzione” indicato nel certificato di nascita legalmente rilasciato all’estero e che questo possa avvenire sia mediante la semplice trascrizione delle risultanze di tale certificato nei registri di stato civile, sia con altro mezzo giuridicamente efficace, quale ad esempio l’adozione del minore da parte del genitore sociale, a patto che il relativo procedimento giudiziario garantisca l’efficacia e la rapidità della sua attuazione, in conformità al miglior interesse del bambino [13].

Tale “avvallo” europeo certamente rafforza la fondatezza e solidità dell’orientamento espresso dalla Suprema Corte. Questo però solo in linea di principio.

La realtà odierna della “stepchild adoption” in italia

Nel nostro paese, infatti, la realtà delle Corti di merito, specie di quelle di primo grado, è assolutamente variegata

[12] Nota infatti la Suprema Corte, in proposito, nella stessa sentenza in esame, che il Sindaco, nell’esercizio delle funzioni di ufficiale dello stato civile, *“agisce poi, ai sensi dell’art. 1 del DPR n. 396/00, in qualità di ufficiale del Governo, e quindi non già come organo di vertice e legale rappresentante della Amministrazione Comunale, bensì come organo periferico dell’Amministrazione Statale, dalla quale dipende ed alla quale sono pertanto imputabili gli atti da lui compiuti nella predetta veste, nonché la responsabilità per i danni dagli stessi cagionati”*.

[13] Il testo del parere in lingua francese ed una breve presentazione dello stesso in lingua italiana sono rinvenibili in <http://www.diritti-fondamentali.it/giurisprudenza/corte-europea-dei-diritti-delluomo/anno-2019/cedu-gc-parere-10-aprile-2019-d-n-p16-2018-001/>.

e tale da non garantire affatto, se non in alcuni casi quasi isolati, quella efficacia e rapidità del procedimento di adozione del figlio del partner che costituisce il presupposto indefettibile del rispetto del diritto inviolabile del minore alla salvaguardia della propria vita privata, riconosciuto dall'art. 8 CEDU, quando la legislazione nazionale del paese aderente alla [Convenzione EDU](#) non consenta la trascrizione nei registri di stato civile del provvedimento straniero riconoscendo il legame parentale col figlio in capo al genitore "di intenzione".

In effetti, secondo una lucidissima analisi fatta da Marco Gattuso ed Angelo Schillaci [14], numerosi grandi Tribunali per i minorenni (quali quelli di Milano, Torino, Napoli e Palermo) hanno emesso sentenze di rigetto delle adozioni del figlio del partner, solo in alcuni casi riformate in appello (Milano Torino e Napoli), e attualmente gli ulteriori procedimenti in corso sono pendenti da diversi anni senza che siano state emesse le relative sentenze.

Ad eccezione dei Tribunali per i minorenni di Roma, Bologna, Firenze e Venezia, che hanno disposto numerose adozioni ex [art. 44 comma 1 lettera d\)](#), non risultano altre pronunce di primo grado favorevoli in altri fori.

Ciò comporta che, al momento attuale, la possibilità di ottenere il rispetto del diritto del minore a vedersi riconosciuto il proprio rapporto parentale con il genitore "di intenzione" è di fatto rimessa al caso e a "libere decisioni" di troppe numerose corti che, in dispregio della funzione nomofilattica della Suprema Corte, ne contrastano più o meno espressamente gli affermati principi di diritto. Peraltro la stessa azione per la dichiarazione della adozione in casi particolari, a differenza della trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, richiede per sua stessa natura lunghi tempi di attesa, nell'ordine di almeno due o tre anni, sia per essere promossa, in quanto questa necessita l'esistenza di un rapporto affettivo tra il minore e il genitore di intenzione [15] che, necessariamente, deve

avere il tempo di maturare prima che il ricorso possa essere depositato, sia per essere portata a compimento, dovendo il giudice accertare la sussistenza di tutti i presupposti di cui all'art. 57 della [Legge 184/83](#) [16].

la possibilità di ricorrere alla trascrizione del certificato di nascita straniero per le coppie omogenitoriali femminili che siano ricorse alla fecondazione eterologa

In questo triste panorama di scollamento fra l'affermazione dei diritti e la loro effettiva tutela giudiziaria è da notare come, con la sentenza della Sezione Prima della Corte di Cassazione [n. 14878/17 del 15.06.17](#), alle coppie omogenitoriali composte da due donne che abbiano fatto ricorso alla fecondazione eterologa e che dispongano di un certificato di nascita straniero riportante il nome di entrambe le donne quali madri del minore (a prescindere dal fatto che una ne sia la madre biologica e l'altra quella "sociale") sia stata data la possibilità di ottenere in Italia la trascrizione di tale certificato, risultando così dall'immediato entrambe genitori del minore a tutti gli effetti di legge.

In questo caso, la Corte, trattandosi di fecondazione eterologa consentita dalla [Legge 40/04](#), non ha trovato l'ostacolo del divieto penale posto alla surrogazione di maternità, né ha dovuto compiere alcun bilanciamento tra il *favor minoris* a vedersi riconosciuto il legame parentale anche con la seconda mamma e il diritto della donna partoriente alla conservazione della propria dignità e ha potuto escludere la contrarietà della trascrizione all'ordine pubblico internazionale.

Addirittura, la medesima Sezione della Corte, con la già citata sentenza [n. 19599/16 del 30.09.16](#), confermata sul punto dalle Sezioni Unite col provvedimento in commento, ha fatto rientrare nel concetto di fecondazione eterologa il caso della coppia di donne in cui la partoriente abbia condotto a compimento la gravidanza di un'ovulo della propria compagna fecondato in vitro con i gameti maschili di un donatore.

[14] in *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere CEDU 10/04/2019* di Marco Gattuso del 06.05.19 in [www.articolo29.it](#) e in *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, di Marco Gattuso e Angelo Schillaci del 2017 in [www.articolo29.it](#), dove sono anche analiticamente riportate in nota i riferimenti delle sentenze emesse dalle singole Corti di merito.

[15] Cass. Civ., Sez. 1, [n. 12962/16 del 22.06.2016](#)

[16] L'art. 57 L. 184/83, nel testo vigente, recita: "Il tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'art. 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore. A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia. L'indagine dovrà riguardare in particolare: a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore."

Conclusioni

Se quindi da un lato la sentenza in esame giunge a confermare l'orientamento oramai consolidato della Suprema Corte, ben espresso dalla sentenza [14878/17 del 15.06.17](#), secondo cui, ai fini del giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico, *“non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale (...) idoneo ad impedire l'ingresso in Italia dell'atto di nascita (...) in ragione di una asserita preclusione ontologica per le coppie formata da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli”* (par. 12.1, pag.53), dall'altro di fatto limita la possibilità di procedere alla trascrizione di tale atto straniero nella parte in cui accerti la paternità del genitore “di intenzione” alle sole coppie omogenitoriali femminili, differenziando notevolmente la tutela riservata ai minori nati all'interno delle coppie omogenitoriali maschili a causa del necessario ricorso alla gestazione per altri, sul presupposto della assoluta contrarietà di quest'ultima all'ordine pubblico internazionale.

Con ciò di fatto prendendo per buono il bilanciamento fatto dal legislatore tra i vari diritti fondamentali in gioco

sulla base del pregiudizio (non supportato da alcun fondamento fattuale) che la surrogazione di maternità rappresenti sempre e comunque una lesione del diritto inviolabile alla maternità della gestante.

Meglio sarebbe stato, a parere di chi scrive, vista la notevole diversità di legislazioni esistenti nei diversi paesi ove la gestazione per altri è consentita, assegnare al giudice adito per il riconoscimento in Italia dell'efficacia dell'atto di nascita straniero, ai fini della sua trascrizione, la facoltà di verificare in concreto, caso per caso, se la procedura di surrogazione di maternità utilizzata dalla coppia ricorrente (ad esempio per le caratteristiche di essere totalmente “altruistica” come in Gran Bretagna o di prevedere tutta una serie di tutele riservate alla partoriente come in California) abbia comportato o meno una lesione dei diritti fondamentali della donna gestante, tale da giustificare la soccombenza del diritto del minore a vedersi riconoscere, senza le incertezze, le lungaggini e i costi del procedimento di stepchild adoption, gli esistenti legami parentali con il padre “di intenzione” del cui progetto genitoriale, comune a quello del padre biologico, è comunque figlio.

SOPRAVVENIENZE E GIURISDIZIONE

Irrilevanza delle sopravvenienze in tema di giurisdizione e residenza abituale della minore (Nota a Cass. civ. Sez. I, ordinanza 16 maggio-11 giugno 2019, n. 15728)

di Caterina Pasini

DEL 24 LUGLIO 2019

Sommario

Riferimenti

Fatti di causa

La ratio del provvedimento

Riferimenti

Cass. civ. Sez. I, ordinanza [16 maggio-11 giugno 2019, n. 15728](#)

Fatti di causa

Il tribunale di Brescia, pronunciata sentenza non definitiva di scioglimento del matrimonio tra le parti, ritenuta la giurisdizione del giudice italiano, prevedeva con sentenza definitiva l'affido esclusivo della figlia nata dal matrimonio al padre; prevedeva altresì incontri protetti tra madre e figlia e poneva a carico della madre un assegno di mantenimento per la figlia. La decisione veniva confermata dalla corte d'appello di Brescia.

La madre ricorreva per la Cassazione della sentenza con quattro motivi, i primi tre dei quali riguardanti il tema della giurisdizione ed in particolare l'omesso esame di fatti decisivi a proposito (i) della residenza abituale della minore nel principato di Monaco a far data dal 2013, (ii) della ritenuta illiceità del mancato rientro di essa in Italia a seguito di provvedimento del giudice istruttore della causa di divorzio, (iii) della violazione o falsa applicazione delle convenzioni dell'Aja del 1996 e del 1961 a proposito della competenza ad adottare misure urgenti per la protezione del minore e dei suoi beni.

La madre sosteneva che la residenza abituale della minore fosse da individuare in quella fissata nel principato di Mo-

naco a partire dal mese di settembre 2013, quando la madre era stata autorizzata dal giudice istruttore della causa di divorzio a trasferirsi con la figlia.

La corte riteneva i tre motivi inammissibili e per alcuni tratti manifestamente di infondati correggendo la motivazione del provvedimento d'appello ex [art. 384 c.p.c.](#)

A parere della corte d'appello infatti il trasferimento della madre era stato autorizzato provvisoriamente e in via sperimentale ma, con provvedimento di pochi mesi successivo, la autorizzazione stessa era stata revocata, poiché la minore era stata affidata al padre con ordine alla madre di consegnarla al genitore affidatario.

Nessun rilievo è stato dato dunque all'autorizzazione a un trasferimento solo provvisorio e sperimentale, stante che la minore non aveva mai assunto una residenza abituale nel principato di Monaco. Ai fini della giurisdizione dunque si sarebbe dovuto far riferimento, alla residenza in Brescia, esistente al momento della domanda introduttiva del giudizio di divorzio. Ha aggiunto che il mancato rientro della minore da Monaco era da considerare illecito, e dunque lo stato monegasco non poteva essere individuato quale residenza abituale della minore

Ciò che interessa è che – come d'altronde la sentenza riferisce – la causa di scioglimento del matrimonio, nell'ambito della quale erano da assumere le statuizioni accesso-

rie concernenti l'affidamento e la collocazione della minore, era già pendente al momento del trasferimento (della madre e) della minore all'estero.

Secondo l'art. 5 c.p.c., "la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo". Poiché la domanda relativa all'affidamento e alla collocazione della figlia minore era stata proposta nel contesto del giudizio di divorzio instaurato in data 8 agosto 2012, lo stato di fatto rilevante onde determinare la giurisdizione non poteva che essere quello anteriore alla ripetuta ordinanza del giudice istruttore, che (seppur provvisoriamente), aveva autorizzato la madre a trasferire la residenza propria e della minore nel principato di Monaco.

È principio già affermato, anche a sezioni unite, quello dell'irrilevanza delle sopravvenienze in tema di giurisdizione. La madre, nel sostenere le proprie ragioni, aveva richiamato anche una sentenza[1], pronunciata tra le medesime parti nell'ambito del giudizio *de potestate* introdotto dal padre contro la madre nell'anno 2017, ai sensi dell'art. 330 c.c.

In quell'ambito, e limitatamente a quel contesto, le sezioni unite avevano affermato il principio per cui, in materia di decadenza dalla potestà genitoriale, qualora i genitori risiedano in Stati diversi, la competenza giurisdizionale deve essere individuata con riferimento al criterio della residenza abituale del minore al momento della proposizione della domanda, il cui accertamento si risolve in una *quaestio facti*, con valutazione da svolgersi anche in chiave prognostica, che può essere effettuata direttamente dalla Suprema Corte sulla base dei dati emergenti dagli atti processuali, valorizzando circostanze quali la frequenza della scuola e il conseguimento di un ottimo rendimento scolastico in un determinato Stato, l'apprendimento della lingua, l'inserimento nel contesto sociale e anche la entusiasta volontà del minore di rimanere in un certo luogo, accertata mediante l'ascolto del minore medesimo.

La Corte, però, non ha ritenuto ammissibile il tentativo del-

la ricorrente di trasporre le argomentazioni contenute nella sopraccitata pronuncia di legittimità alla diversa questione della giurisdizione sulle domande di responsabilità genitoriale accessorie a quella di scioglimento del matrimonio. Il trasferimento a Monaco, infatti, è avvenuto in base ad un'autorizzazione successiva rispetto alla proposizione delle domande di responsabilità genitoriale momento in cui madre e figlia avevano residenza in Italia. In tale paese va individuata la giurisdizione e ciò tanto ai sensi dell'art. 3, c. 1, l. 218 del 1995, quanto ex art. 8 Reg. 2201 del 2003 secondo cui, per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, sono competenti i giudici dello Stato membro ove il minore risiede abitualmente[2].

Ebbene le sezioni unite,[3] richiamando la norma regolamentare di cui sopra, con specifico riferimento alle domande proposte nel contesto del giudizio di separazione, confermano che la giurisdizione sulle domande relative all'affidamento dei figli e al loro mantenimento, ove pure proposte congiuntamente a quella di separazione, appartiene al giudice del luogo in cui il minore risiede abitualmente. Un principio che va esteso anche all'ipotesi di divorzio, nello specifico senso che, ove nel giudizio introdotto innanzi al giudice italiano siano avanzate domande inerenti alla responsabilità genitoriale e al mantenimento di figli minori, solo se i detti figli non siano al momento residenti abitualmente in Italia soccorre il criterio della residenza abituale dei minori, col fine di salvaguardare l'interesse superiore e preminente dei medesimi a che i provvedimenti che li riguardano siano adottati dal giudice più vicino al luogo di residenza effettiva degli stessi, nonché di realizzare, così, la tendenziale concentrazione di tutte le azioni li riguardano. Poiché le allegazioni di parte ricorrente sono sempre state nel senso opposto – che cioè la residenza del minore all'estero era sopravvenuta rispetto alla formulazione della domanda, la Corte ha dichiarato i motivi di ricorso sopracitati inammissibili.

La ratio del provvedimento

Il provvedimento in esame permette di affrontare almeno

[1] Cass. civ. Sez. un. 13 dicembre 2018, n. 32359, in *Ifamiliarista.it* 15.3.2019.

[2] Il concetto di residenza abituale del minore, secondo la Corte di Giustizia, va interpretato in modo autonomo alla luce di tutte le circostanze di fatto rilevanti per localizzare il luogo in cui un soggetto dimora in modo stabile e continuativo (). Con riferimento specifico ai minori, la Corte ritiene che debbano essere tenuti in considerazione indici quali la durata, la regolarità delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato Corte giust., 22 dicembre 2010, c. n. 497/10, Mercredi c. Chaffe, in *curiaeuropa.eu*; cfr Lupoi, *La sottrazione internazionale di minori, gli aspetti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1, 111.

[3] Cass. civ. Sez. un. 30 dicembre 2011, 30646, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 12, p. 1925.

due tematiche assai interessanti dal punto di vista processuale ossia la determinazione della giurisdizione in materia di collocamento del minore e il tema del diritto del minore ad essere sentito in relazione a questioni che lo riguardano, di cui a breve.

Quanto al primo aspetto, al quadro sopra descritto si inserisce, nel caso di specie, un ulteriore elemento.

Nell'ambito del procedimento di divorzio la madre era stata autorizzata dal giudice istruttore, provvisoriamente e in via sperimentale, a trasferirsi nel Principato di Monaco. Tale autorizzazione era stata pochi mesi dopo, in uno con ogni anteriore provvedimento in tema di affido, giacché la minore era stata affidata al padre con ordine alla madre di riconsegnarla al genitore affidatario.

La madre non aveva ottemperato all'ordine di rientro della minore, comportamento considerato illecito che ha escluso in radice la possibilità di sostenere che lo stato monegasco fosse individuabile quale residenza abituale del minore.

La madre, infatti, è permasta all'estero anche dopo la revoca del provvedimento autorizzativo da parte del giudice italiano sostenendo che tale inottemperanza non costituisce alcun illecito, tenuto conto che la condanna a suo carico per i delitti di sottrazione di minorenni e violazione dell'ordine impartito dal giudice neppure era definitiva.

Nel ricorso sono proposti altri motivi di interesse processuale tra cui il mancato ascolto delle volontà della figlia ultradodicenne.

La figlia, minore era stata sentita solo dall'autorità giudiziaria del principato di Monaco, nel contesto del procedimento *de potestate*, e le dichiarazioni di questa erano state recepite criticamente dalla Corte d'appello, poiché in quel momento la bimba aveva appena dieci anni e le dichiarazioni erano state fatte in un ambito peculiare di esclusione del padre.

La Corte ha osservato però che non si era provveduto a riascoltarla, onde avere conferme o smentite di quanto a suo tempo dichiarato, anche al fine di poter stabilire fino a che punto la volontà manifestata dalla minore fosse de-

cisa e costante sulla base di una visione non alterata della realtà.

Si rammenta che nell'ambito del procedimento divorzile il figlio è portatore di interessi che si separano e si differenziano rispetto a quelli dei genitori. Ciò significa che l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la l. n. 77 del 2003, e dell'art. 155 *sexies c.c.*, introdotto dalla l. n. 54 del 2006, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore. Costituisce, pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore, portatore d'interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale[4].

In generale, però, l'ascolto del minore configura una forma di riconoscimento del diritto di ogni minore di esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano. Tale opinione è ormai radicata a livello interno[5] così come internazionale[6]. La corte di Giustizia[7], infatti, valorizza il diritto all'ascolto del minore quale strumento funzionale alla determinazione dei best interests e sottolinea la necessità di tenere adeguatamente conto dei punti di vista espressi dal minore quando capace di discernimento, in linea con il disposto dell'art. 12 della convenzione e con le indicazioni che promanano dal comitato dei diritti del fanciullo,

Sulla specifica prospettiva la Corte ha dunque cassato la sentenza della Corte di appello dovendo il giudice del rinvio provvedere ad ascoltare la bambina al fine più ampio e decisivo di valutarne libera volontà e verificare, nel merito, se fosse ancora attuale la già resa opzione per il suo collocamento.

[4] Cass. civ., sez. un. 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 10, 1471.

[5] Di recente Cass. civ., 27 marzo 2017, n. 7762, in dottrina di veda Sonelli, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori « tessere » per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 4, 1373 ss.

[6] Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata nel 1996, ratificata e resa esecutiva con l. 20 marzo 2003, n. 77, nonché le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia minorile adottate il 17 novembre 2010.

[7] Corte di giustizia, *Plaza c. Polonia*, 25 gennaio 2011: « as children mature and become [...] able to formulate their own opinion on their contact with the parents, the courts should give due weight also to their views and feelings as well as to their right to respect for their private life » (§ 71); *M. and M. c. Croazia*, 3 settembre 2015, §§ 180-181; *N.Ts. e altri c. Georgia*, sentenza 2 febbraio 2016, § 78 ss., in *curia.europa.eu*.

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

Ai confini del fallimento

di Emanuele Caimi

DEL 25 LUGLIO 2019

Sommario

- I. La questione
- II. L'irrilevanza della mera volontà. Osservazioni
- III. La rilevanza probatoria dei bilanci: libere riflessioni

I. La questione

Il confine del fallimento è innanzitutto temporale: tra poco più di un anno non evocherà più la decozione dell'imprenditore, sostituito da una sequenza di parole che delineando una situazione transitoria quale è la crisi, non rende pienamente il senso dell'insuccesso.

Il confine è però anche sociale: il significato metagiuridico che si accompagna al lemma "fallimento" è quello di mancato raggiungimento di un obiettivo, di un risultato. Da questa prospettiva il termine sopravviverà alla "crisi dell'impresa" ed alla volontà legislativa, continuando a sintetizzare il significato acquisito nel tempo pur mitigato rispetto all'origine storica^[1].

L'esatta individuazione del confine oggettivo del fallimento, al di là delle esclusioni soggettive, è una esigenza

avvertita sin dalla promulgazione della [legge fallimentare](#) del 1942, laddove si è cercato di individuare gli elementi oggettivi a presidio dei confini dell'area di fallibilità.

Nel [secondo comma dell'art. 1 della legge fallimentare](#) due erano le aree di esenzione: (i) gli imprenditori "i quali sono stati riconosciuti in sede di accertamento dell'imposta di ricchezza mobile titolari di un reddito inferiore al minimo imponibile"^[2], (ii) in assenza di accertamento ai fini dell'imposta sulla ricchezza mobile tutti gli imprenditori esercenti "un'attività commerciale nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale non superiore a lire 30.000,00" (importo poi aumentato sino a lire 900.000,00^[3]), limite oggettivo interpretato con riferimento non strettamente connesso all'investimento

[1] "Il dissesto era ad un tempo una sventura (per il fallito non meno che per i suoi creditori) e un misfatto: e secondo questa sua duplice natura doveva esser disciplinato... I legislatori comunali e corporativi furono unanimi nel dettare discipline duramente repressive contro i falliti" così Santarelli, voce *Fallimento (storia del)*, in *Digesto* (Sez. Commerciale), Torino, ristampa 2007, p. 397. Ed ancora: "in ultima analisi il fallimento odierno rappresenta un'evoluzione, ma non già una rottura, rispetto all'istituto di spiccato carattere repressivo, quale sorge dall'esperienza comunale italiana, e nelle successive elaborazioni delle fiere francesi e dei commerci europei, e della sua cristallizzazione nell'*Ordonnance du commerce* del 1667, con l'aggravante di una sempre maggiore giurisdizionalizzazione di un'attività economicamente liquidatoria", così Bonsignori, *Fallimento*, *Digesto*, cit. p. 373. Si veda anche Jorio, *Introduzione*, in Jorio – Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, I, pp 3 e ss. e, in particolare, p. 8: "il principio fondante del fallimento risiedeva... nell'esigenza che lo sviluppo dei traffici e la creazione della ricchezza che ne derivava non venissero turbati dall'inadempimento delle obbligazioni".

[2] A seguito della riforma tributaria e dell'abrogazione dell'imposta sulla ricchezza mobile – in vigore dal 1864 e sino al 1973 – si è ritenuto implicitamente abrogato parzialmente l'[art. 1 della legge fallimentare](#), in questi termini Tribunale di Benevento, 29 maggio 1979: "a seguito dell'entrata in vigore della riforma tributaria... l'[art. 1 comma 2 l. fall.](#) deve considerarsi implicitamente abrogato, permanendo, pertanto, come unico criterio discriminante ai fini della definizione del piccolo imprenditore quello previsto dall'[art. 2083 c.c.](#)" in Giur. Merito, 1980, 33.

[3] Importo poi aumentato sino a lire 900.000 dall'[articolo unico comma 1 della legge 20 ottobre 1952 n. 1375](#). Con sentenza [22 ottobre 1989 n. 570](#) la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale del comma in questione, con riferimento al criterio sussidiario del capitale investito, affidando al solo 2083 c.c. il compito di definire il piccolo imprenditore. Scelta non felice poiché privava

durovole di capitale nell'impresa^[4]. Nell'ultimo periodo del comma due si afferma che in nessun caso si possano considerare piccoli imprenditori le società commerciali. Anche il [Codice della crisi d'impresa](#) ha ribadito la necessità di circoscrivere, mediante la riproposizione delle soglie dimensionali già introdotte con il [D. Lgs. 9 maggio 2007 n. 169](#), l'area della liquidazione giudiziale – si veda in proposito l'[art. 121](#) in relazione all'[art. 2, comma 1 lettera d\) D. Lgs. 14/2019](#).

II. L'irrelevanza della mera volontà. Osservazioni

Il superamento del confine non può essere volontario, o meglio la sola volontà di fallire non sarebbe sufficiente; occorrerebbe, come affermato recentemente dalla Corte di Cassazione I Sez. Civ. [14 giugno 2019 n. 16117](#)^[5], l'accertamento del superamento delle soglie della fallibilità: *“è senz'altro da ritenere che, in sede di ricorso per autofallimento, debba essere l'imprenditore a provare la sussistenza dello stato di insolvenza, in ossequio alle regole generali ed altresì in conformità allo scopo di evitare il possibile abuso nell'accesso alla procedura fallimentare, nella misura in cui essa si presenta, dall'angolo visuale*

dello stesso imprenditore, anche come strumento di soluzione della crisi d'impresa”^[6].

La Corte ha poi riaffermato che i presupposti per la dichiarazione di fallimento sono gli stessi sia in caso di fallimento in proprio che in caso di istanza di un creditore ed ha richiamato l'[art. 14 della l. f.](#) *“nella materia... gli artt. 1 e 14 mostrano una formulazione simmetrica, nel senso che nell'uno caso, quello del fallimento richiesto da un creditore, è l'imprenditore a dover provare l'inesistenza congiunta di tutti i presupposti dimensionali della fallibilità; nell'altro caso egli deve al contrario provare l'esistenza di almeno uno dei presupposti per la fallibilità. Il che è del resto ovvio, giacché nel primo caso l'imprenditore resiste alla domanda di fallimento, nell'altro caso agisce per ottenere la dichiarazione di fallimento”*.

Sia consentito evidenziare che per l'orientamento prevalente e non esente da riserve si ritiene che: *“le ammissioni presenti negli atti difensivi, sottoscritti unicamente dal procuratore “ad litem”, non hanno natura confessoria, ma valore di indizi liberamente valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento”*^[7], nell'ipotesi in cui il ricorso sia firmato dallo stesso imprenditore o comun-

di un dato “oggettivo” il confine del fallimento, si veda in senso critico Sandulli, *Il presupposto soggettivo*, in Iorio – Sassani, *op. cit.*, p. 123.

^[4] Si veda, sul punto, Corte d'Appello di Cagliari 6 ottobre 1979: *“è assoggettabile a fallimento l'imprenditore commerciale individuale in stato d'insolvenza, il quale abbia acquistato a credito merce per un valore superiore a lire 900.000,00”* in Fallimento, 1980, 676.

^[5] In Diritto & Giustizia con Nota di Ruggieri: *“Ricorso per autofallimento e onere probatorio dell'imprenditore: non basta la volontà di fallire”*.

^[6] Cass. 14 giugno 2019 n. 16117 cit. La Corte argomenta dall'[art. 14 della legge fallimentare](#) che prevede, in caso di autofallimento, la produzione di una serie di documenti ed ha modo di evidenziare *“che l'omesso deposito della documentazione di cui alla [L. Fall., art. 14](#) operi in senso inverso rispetto all'[art. 1 della stessa legge](#), e che, dunque, tale omissione comporti la mancata dimostrazione della ricorrenza dei requisiti dimensionali di fallibilità, rimanendo in potere del giudice di attivare, nei limiti in cui il codice di rito lo consente, i propri poteri officiosi”*.

^[7] Da ultimo Corte d'Appello di Catanzaro 19 marzo 2019 n. 7.702 in Mass. Giust. Civ., in senso conforme Cass. I Sez. Civ., [2 ottobre 2007 n. 20701](#) in Mass. Giust. Civ. 2007: *“le ammissioni contenute negli scritti difensivi, sottoscritti unicamente dal procuratore “ad litem”, non hanno valore confessorio, ma costituiscono elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, mentre neppure valore indiziario hanno le ammissioni del procuratore contenute in atti stragiudiziali”*, così anche Cass. II Sez. Civ., [12 agosto 1996 n. 7492](#) in Mass. Giust. Civ. 1996. Nel senso della rilevanza confessoria delle affermazioni desumibili da scritti difensivi sottoscritti dal solo procuratore si veda Cass. I Sez. Civ., [9 aprile 1996 n. 3275](#) in Mass. Giust. Civ. 1996 per la quale *“le dichiarazioni contenute nella citazione possono ritenersi riferibili direttamente all'attore ed assumere, pertanto, valore confessorio, in quanto volte al riconoscimento di fatti a sé contrari ed utili alla controparte e non quando concernono qualificazioni giuridiche di situazioni di fatto, non attribuibili in quanto tali all'attore, ma all'opera del procuratore, sicché esse non ostano ad una diversa ulteriore qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio”*. Anche in dottrina non mancano posizioni che riconoscono valenza confessoria alle dichiarazioni rese in seno agli atti giudiziari, si veda sul punto De Stefano, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, p. 100: *“se da un lato uno scritto difensivo firmato dal solo procuratore non potrebbe equipararsi ad una confessione, d'altra parte questa sarebbe formata anche, con la firma di un mandato ad litem o a margine o in calce, dalla parte di persona, dovendo presumersi che la parte abbia avuto la conoscenza di ciò che firmava e ne abbia assunto – anch'essa – la piena titolarità. Di conseguenza, l'atto idoneo per eccellenza a fondare tale valore confessorio è quello introduttivo della lite dell'attore, in ordine a tutte le dichiarazioni di fatto in essa contenute; ma ad analoga conclusione deve giungersi alle comparse di costituzione con mandato a margine o in calce alle stesse”*.

que da un soggetto legittimato (nel caso in esame il ricorso per la dichiarazione di fallimento venne avanzato dal Presidente del Collegio sindacale), ovvero nell'ipotesi in cui vi sia una delibera assembleare in tal senso. Si può pertanto ritenere provato il superamento della soglia di fallibilità anche dalle sole dichiarazioni di contenuto confessorio da questi soggetti rese nell'atto introduttivo del giudizio o comunque dal comportamento tenuto dal ricorrente, che ben potrebbe limitarsi ad esprimere la volontà di fallire, omettendo (scientemente) la produzione dei bilanci. La mancata allegazione dei bilanci si traduce in danno dell'onerato[8].

D'altro canto il fallimento è indistintamente per tutti gli imprenditori privati[9]: in altre parole il ricorrente dovrà dimostrare d'essere un imprenditore commerciale e non sarà tenuto ad dover offrire la prova del mancato superamento delle soglie di fallibilità. Infatti, è stato autorevolmente osservato che: *“la norma, peraltro, sulla sua non limitativa formulazione, va letta anche con riferimento alla nuova struttura della procedura fallimentare e di concordato, dove si esclude ogni finalità sanzionatoria e si consente al debitore di ottenere l'esdebitazione. Da ciò discende la conclusione che il debitore “minore” potrebbe avere un interesse a non provare la propria “piccolezza” proprio per poter fruire di tali istituti”* [10].

III. La rilevanza probatoria dei bilanci: libere riflessioni

Sottrarsi al “fallimento” è ovviamente un desiderio del debitore insolvente; ma se un tempo il debitore “fuggi-

va” letteralmente dai propri creditori, ora l'obiettivo è quello di attestarsi al di sotto delle soglie di “fallibilità” (a breve della liquidazione) talvolta con ricorso disinvoltato a soluzioni “fantasiose”, laddove la fantasia diventa dimensione del diritto[11].

Gli strumenti “fantasiosi” sono dei più disparati: ora si interviene modificando la durata dell'esercizio sociale – chiara la lettera dell'[art. 1 della legge fallimentare](#) vigente – aumentando artatamente il numero in ipotesi “sotto soglia”[12]; ora si approvano bilanci di più esercizi in un'unica assemblea[13], magari nelle more dell'udienza prefallimentare e presentando elaborati intrinsecamente poco attendibili.

Sul punto occorre chiedersi quale sia la valenza probatoria da attribuire ai bilanci d'esercizio ai fini dell'assolvimento dell'onere cui è gravato il debitore.

Va chiarito che il bilancio rilevante ai fini dell'[art. 1 comma 2 L. F.](#) è soltanto quello approvato[14], ma quand'anche approvato il documento contabile annuale non assurge a valore di prova legale; tutt'al più è da considerarsi *“prova imprescindibile, ma non prova legale”*[15] tant'è vero che *“ai fini della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità sono ammissibili strumenti probatori alternativi al deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi”*[16].

Il bilancio *“può dirsi canale privilegiato per la valutazione prevista dalla l. fall., art. 1, comma 2, in quanto la sua funzione specifica è proprio quella di rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa”*[17] ma

[8] Come peraltro recentemente affermato, peraltro, dal Tribunale di Varese nella sentenza 3 – 5 luglio 2019 n. 35 inedita, richiamando, sul punto, il principio affermato dalla Cassazione VI Sez. Civ., [24 ottobre 2017 n. 25188](#), in Mass. Giust. Civ.: *“l'omesso deposito da parte dell'imprenditore... della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata, si risolve in danno dell'imprenditore medesimo, essendo egli onerato della prova del non superamento dei limiti dimensionali”*, in senso conforme: Cass. I Sez. Civ. [15 gennaio 2016 n. 625](#) in Mass. Giust. Civ. 2016, Cass. I Sez. [31 maggio 2012, n. 8769](#) in Fallimento, 2013, p. 367.

[9] Si veda, per quanto di interesse, Bonfatti – Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007 pp. 34 – 35, per i quali *“colui che presenta valori quantitativi inferiori a quelli stabilito dal secondo comma dell'art. 1 l. fall. non è sottratto al fallimento, se non dimostra di essere piccolo imprenditore a norma dell'art. 2083.c.c.”*.

[10] Sandulli, *op. cit.*, p. 125.

[11] Così Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 582 e p. 617: *“un altro carattere dell'azione di fantasia, quello forse essenziale, è che essa mi porta al di là dei miei limiti abituali”*.

[12] Si veda sul punto Cass. I Sez. Civ., [24 maggio 2018 12963](#).

[13] Sul punto si veda Cass. [28 giugno 2012 n. 11007](#), Fallimento, 2013, p. 495.

[14] Cass. VI Sez. Civ. [20 dicembre 2018 n. 33091](#) in Mass. Giust. Civ., 2019; Corte d'Appello di Torino, I Sez. Civ., 26 febbraio 2019 n. 372: *“i bilanci degli ultimi tre esercizi che l'imprenditore è tenuto a depositare... sono quelli approvati”*, Redazione Giuffrè, 2019.

[15] Cass. I Sez. Civ. [26 novembre 2018 n. 30541](#) in Rivista dei dottori commercialisti, 2019, 1, 88; in questi termini anche Cass. I Sez. Civ. [1 dicembre 2016 n. 24548](#) in Guida al diritto, 2017, 7, 60.

[16] Cass. I. Sez. Civ., [26 novembre 2018, 30541](#) cit.

[17] Cass. 15 aprile 2019 n. 10.509 in Diritto & Giustizia, 2019, 16 aprile.

non lo esaurisce[18], sebbene, anche tra i giudici merito, si sia valorizzata la centralità del bilancio al punto da attribuire al suo mancato deposito la qualità di “*elemento fattuale tale da comportare automaticamente la dichiarazione di fallimento*”[19].

La Suprema Corte, forse anche per l'uso disinvoltato delle schede di bilancio e comunque per l'eccessiva sinteticità delle stesse, ha specificato che “*la verifica della sussistenza dei requisiti di “non fallibilità” è un campo d'indagine particolarmente aperto e disponibile, nel quale il termine naturale di riferimento sono le scritture contabili dell'impresa*”[20].

Dunque, l'attenzione non è più rivolta al bilancio in quanto tale ma alle scritture contabili, da cui è possibile “*leggere e ricavare la presenza o meno dei requisiti dimensionali*”; la Corte di Cassazione ha cura di precisare che la lettura dovrà riguardare “*l'intero corredo contabile della stessa impresa e secondo l'ampia nozione di scritture contabili che risulta assunta dal sistema vigente*”.

Ciò costituisce un punto focale a scioglimento della riserva che la Corte pare manifestare nei confronti dei bilanci, soprattutto se approvati nelle more dell'udienza prefallimentare[21].

Ed infatti nella sentenza del [15 aprile 2019 n. 10509](#) si sottolinea la centralità “*dell'attendibilità, ex art. 116 c.p.c., del materiale disponibile, cioè, del grado di fedeltà del dato ivi rappresentato con l'effettiva realtà dell'impresa che viene considerata*”.

L'esame delle scritture contabili diventa un parametro esterno nonché strumento di verifica della bontà della rappresentazione desumibile dai bilanci “abbreviati” legittimamente elaborati e prodotti da imprenditori di modeste dimensioni, gli unici interessati al confine tra fallibilità ed esonero.

D'altro canto, sia pure con riferimento alle società di persone, il Tribunale di Novara con provvedimento del 15 novembre 2018[22] ha evidenziato che “*la prova del-*

la sussistenza, o meno, dei requisiti esonerativi... deve essere data attraverso la produzione dei libri contabili che l'imprenditore commerciale è obbligato a tenere secondo quanto prescritto dagli artt. 2214 e segg. c.c.: soltanto ai libri e alle scritture contabili la legge attribuisce, infatti, un valore probatorio particolare (art. 2709 segg. c.c.), autorizzando il giudice a trarne elementi di prova anche a favore dell'imprenditore”.

Ben potrebbe il giudice di prime cure avvalersi dei poteri di indagine officiosa che l'[art. 15 L. Fall.](#)[23] gli riconosce per acquisire le scritture contabili (anche in estratto) da cui accertare la veridicità dei dati esposti nei bilanci prodotti dal resistente. La produzione dei bilanci non introduce “*una limitazione all'assunzione e valutazione delle prove nel corso dell'istruttoria prefallimentare, all'esito della quale è possibile procedere ad una loro rettifica ed integrazione, essendo lo scopo della norma quella di accertare le dimensioni reali ed effettive dell'impresa ritenuta insolvente*”[24], al punto da consentire allo stesso debitore di contestare i dati esposti nello stato patrimoniale o nel conto economico da lui predisposti[25].

Non sono poi rari i casi in cui i bilanci depositati siano intrinsecamente inattendibili. Si pensi, per esempio, alla medesima voce di debito riproposta nel medesimo importo al termine di due esercizi, nonostante gli interessi maturati sui debiti scaduti debbano essere considerati in bilancio. Oppure all'indebitamento tributario: anche in questo caso sovente viene omesso il calcolo delle sanzioni, ovvero gli interessi non vengono calcolati o adeguati, oppure ancora viene trascurato di imputare, a conto economico, il dovuto per l'aggio di riscossione. Un ulteriore indice di inattendibilità del bilancio è rappresentato dall'assenza di qualunque costo, financo della tassa annuale vidimazione libri sociali ovvero del diritto camerale dovuto per l'iscrizione al registro delle imprese. Per non parlare dell'omesso stanziamento in bilancio dei costi per l'elaborazione dei dati contabili, ovvero di

[18] Così Cass. [14 giugno 2019 n. 16117](#) cit.: “*sono ammissibili strumenti probatori alternativi al deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi*”.

[19] Corte d'Appello di Catania, I Sez. Civ., 29 gennaio 2019, n. 204 Redazione Giuffrè, 2019.

[20] Cass. [15 aprile 2019 n. 10509](#) cit.

[21] In questi termini Corte di Cassazione I Sez. Civ., [31 maggio 2017 n. 13746](#), in Guida al Diritto, 2017, 27,48 con riguardo “*ai tempi di approvazione e di deposito di quei bilanci, alla vicinanza o lontananza dell'adempimento rispetto alle tempistiche della procedura fallimentare*”.

[22] Redazione Giuffrè, 2019.

[23] Cass. [11 marzo 2019 n. 6991](#), in Mass. Giust. Civ. 2019, poteri officiosi “*che sono finalizzati a colmare lacune probatorie dell'interessato e sono limitati ai fatti oggetto di allegazioni difensive delle parti*”.

[24] Tribunale di Terni, 4 luglio 2011, in Fallimento, 2011, 1427.

[25] Corte d'Appello di Torino, 4 marzo 2011, in Fallimento, 2011, 1327.

quelli per il suo deposito al registro delle imprese. In presenza di siffatte situazioni è ragionevole dubitare dell'attendibilità intrinseca delle schede prodotte.

Il bilancio è idoneo a segnare il confine del fallimento solo in quanto sia intrinsecamente attendibile.

E l'intrinseca attendibilità, valutabile ex [art. 116 c.p.c.](#), si può desumere o comunque vagliare con l'acquisizione anche officiosa delle scritture contabili; a certe condizioni, queste hanno una diversa e più rilevante valenza probatoria dei fatti ivi rappresentati^[26].

[26] Cass. 23 ottobre 2018 n. 26874 in Mass. Giust. Civ. 2018 “*i libri e le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione costituiscono prova contro l'imprenditore, ma la parte che intende trarne vantaggio non può scinderne il contenuto, dovendo le scritture stesse, una volta indicate ed esibite, essere valutate nella loro interezza, quale che sia la parte a cui favore o a cui carico depongono*”.

ESECUZIONE FORZATA E CONDOMINIO DI EDIFICI

Esecuzione forzata e condominio di edifici: considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 12715 del 14.5.2019

di Elisa Giardini

DEL 29 LUGLIO 2019

Sommario

1. Premessa
2. Precedenti
3. Solidarietà o parziarietà dell'obbligazione e responsabilità dei condòmini
4. Natura giuridica del Condominio
5. Ed in materia esecutiva? Il caso della Corte di Cassazione n. 12715/2019
6. Ed in materia esecutiva? Il principio di diritto della Corte di Cassazione n. 12715/2019
7. Conclusione

1. Premessa

Negli ultimi mesi del 2019 la Corte di Cassazione è intervenuta, ancora, in materia di Condominio, di titolo esecutivo e di atti prodromici all'esecuzione nei confronti del Condominio o dei condòmini che ne fanno parte e sulle modalità dell'espropriazione, rendendo – una volta di più – d'interesse una breve disamina su quanto è emerso in dette pronunce che si accompagnano agli interventi normativi che hanno toccato, nel 2012, il capo II, titolo VII, libro III del Codice Civile e le disposizioni attuative, nonché la natura giuridica e la legittimazione ad agire o a resistere ad un giudizio del Condominio, in persona dell'am-

ministratore, quale soggetto rappresentativo ovvero quale ente di gestione, terzo rispetto ai singoli proprietari che ne fanno parte.

2. Precedenti

La [L. n. 220 dell'11.12.2012](#), rubricata “Modifiche alla disciplina del Condominio negli edifici”, ha modificato l'[art. 63 disp. att. c.c.](#) introducendo, per quanto qui interessa, il comma secondo ai sensi del quale “i creditori non possono agire nei confronti degli obbligati in regola con i pagamenti, se non dopo l'escussione degli altri condòmini”.[1] Il creditore che debba incassare un credi-

[1] La prospettiva è quella *ex parte creditoris*, che “faccia affari” con il Condominio. È assodato, invece, che qualora il credito sia del Condominio, per il recupero di somme dovute da ciascun condòmino per la gestione comune e per gli oneri connessi, la legittimazione ad agire sia del solo amministratore, perché “il principio per cui l'esistenza dell'organo rappresentativo unitario non priva i singoli condòmini del potere di agire in difesa dei diritti connessi alla loro partecipazione, né di intervenire nel giudizio in cui tale difesa sia stata legittimamente assunta dall'amministratore, non trova applicazione nelle controversie aventi ad oggetto non già un diritto comune, ma la sua gestione, ovvero l'esazione delle somme a tale fine dovute da ciascun condòmino, siccome promosse per soddisfare un interesse direttamente collettivo”. Così, tra i tanti, Trib. Genova, sez. 7 civ., [n. 710 dell'8.03.2018](#). Parimenti, e si legga Trib. Roma, sez. 5 civ., del 10.09.2018 in SmartLex24, con riguardo a legittimazione, poteri ed attribuzioni dell'amministratore nell'ambito della mediazione obbligatoria “[...] la delibera assembleare che, ai sensi dell'[art. 71-quater, comma 3, disp. att. c.c.](#), legittima l'amministratore di Condominio a partecipare al procedimento di mediazione necessaria anche ove la lite abbia ad oggetto il mancato pagamento degli oneri condominiali. La legge, infatti, distingue chiaramente la legittimazione dell'amministratore ad agire in giudizio per la riscossione dei contributi (artt. [1130](#), comma [1](#) n. 3 c.c. e [art. 63 disp. att. c.c.](#)) dalla legittimazione dello stesso a partecipare alla procedura di mediazione, richiedendo espressamente in quest'ultimo caso la delibera dell'assemblea [...]”. Tale diversità di disciplina trova la sua *ratio* nella necessità di

to nei confronti di un Condominio, in forza di un'obbligazione da questo assunta deve, pertanto, in primo luogo, avendone interesse, chiedere all'amministratore i dati dei condòmini morosi e, quindi, procedere dapprima contro questi, residuando allo stesso la possibilità di rivolgersi ai condòmini in regola coi pagamenti, esclusivamente e solo secondariamente, in caso di mancato soddisfo dell'intero credito da parte dei primi[2].

Si tratta, ed è oramai consolidato, di un'obbligazione di natura sostanzialmente parziaria[3] e non più solidale (ovvero per alcuni Tribunali ancora "in solido", ma con un'ipotesi specifica di beneficio della preventiva escussione a carico dei morosi[4]), secondo un indirizzo che già era stato prospettato, in giurisprudenza, dalla Corte di Cassazione, ed in particolare dalla nota sentenza a Sezioni Unite, [n. 9148 dell'8.04.2008](#)[5] e da altre a seguire[6].

3. Solidarietà o parziarietà dell'obbligazione e responsabilità dei condòmini

Le S.U. hanno affermato, infatti, questo principio di diritto nel 2008: "in riferimento alle obbligazioni assunte dall'amministratore o, comunque, nell'interesse del Condominio, nei confronti di terzi – in difetto di un'espressa previsione normativa che stabilisca il principio della solidarietà, trattandosi di una obbligazione avente a og-

getto una somma di denaro, e perciò divisibile, vincolando l'amministratore i singoli condòmini nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote, in conformità con il difetto di struttura unitaria del Condominio – la responsabilità dei condòmini è retta dal criterio della parziarietà. Per cui le obbligazioni assunte nell'interesse del Condominio si imputano ai singoli componenti soltanto in proporzione delle rispettive quote, secondo criteri simili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 c.c. per le obbligazioni ereditarie".

Con la conseguenza che ove il creditore ometta la specificazione della quota millesimale di spettanza del condòmino, ovvero proceda per il totale dell'importo portato dal titolo, l'esecutato potrà proporre opposizione all'esecuzione *ex art. 615, comma 1 c.p.c.*[7], deducendo di non essere affatto condòmino o contestando la misura della quota allegata dal creditore: nel primo caso l'onere di provare il fatto costitutivo di detta qualità spetta al creditore procedente ed in mancanza il precetto deve essere dichiarato inefficace per l'intero, mentre – nel secondo caso, è lo stesso opponente a dovere dimostrare l'effettiva misura della propria quota condominiale, ai fini della declaratoria di inefficacia dell'atto di precetto per l'eccedenza, ed in mancanza l'opposizione non può essere accolta[8].

L'orientamento giurisprudenziale descritto non è sempre

conferire a chi interviene in mediazione la possibilità di disporre della lite, vale a dire di negoziare sulla res controversa, salva poi la ratifica a parte dell'assemblea della proposta di mediazione ([art. 71-quater, comma 5, disp. att. c.c.](#)) e, quindi, nell'esigenza di potenziare la finalità di composizione della controversia demandata alla procedura di mediazione.

[2] Una disposizione simile si ritrova all'[art. 1130, comma 1, lett. 9 c.c.](#) che individua, tra le attribuzioni dell'amministratore di Condominio, quella di "fornire al condòmino che ne faccia richiesta attestazione relativa allo stato dei pagamenti degli oneri condominiali e delle eventuali liti in corso". V. Cass. Civ., sez. 2, ord. [n. 186 del 4.01.2011](#) in CED, Cassazione, 2011; Trib. Milano, sez. 13 civ., n. 8145 del 18.06.2014 in *Il Sole24Ore*, Ventiquattrore Avvocato, 2016, 6, p. 30 con nota di Culot; Trib. Napoli, sez. 6 civ., del 5.09.2016 in *La Tribuna*, Archivio delle locazioni e del Condominio, 2017, 3, p. 325 con nota di Scarpa.

[3] Così come statuito nell'[art. 1123 c.c.](#) il creditore può chiedere l'adempimento del credito in capo ai singoli condòmini in ragione della propria quota millesimale di riferimento.

[4] Trib. Ascoli Piceno, del [26.11.2015](#): "La riforma delle norme sul Condominio, posta in essere dalla [L. 11.12.2012 n. 220](#), che ha stabilito con chiarezza la natura solidale e non parziaria delle obbligazioni condominiali, ha stabilito che il creditore può agire anche verso i condòmini diversi da quello moroso, con la precisazione, però, che il creditore può aggredire il patrimonio del condòmini in regola con i pagamenti solo dopo l'esclusione di quelli morosi; l'obbligazione in questione ha, quindi, natura solidale, ma con la previsione di una sussidiarietà tra le varie obbligazioni e, dunque, di un *beneficium excussionis*", in Centro studi giuridici di Mantova, [www.il-caso.it](#), 2015, p. 13879, pt. I.

[5] *Ex multis* in *Il Sole 24 Ore*, Guida al Diritto, 2014, 31, p. 34 con nota Salciarini. Nello stesso senso Cass. Civ., sez. 6 2, ord. [n. 14530 del 9.06.2017](#) in CED, Cassazione, 2017.

[6] Cass. Civ., sez. 2, [n. 8530 del 27.09.1996](#), in CED Cassazione, 1996, Trib. Bologna, sez. 2 civ., n. 1623 del 10.07.2008, in *Il Sole24Ore*, Mass. Rep. Lex24.

[7] Si tenga presente qui la legittimazione all'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* del condòmino, quale debitore esecutato, in raffronto a quanto, anche oltre si dirà, rispetto alla sentenza Cass. Civ. [12715/2019](#) e al ricorso, dichiarato inammissibile, del condòmino, terzo rispetto al Condominio-debitore esecutato.

[8] Cass. Civ. sez. 3, [n. 22856 del 29.09.2017](#) in CED, Cassazione, 2017.

stato il medesimo nel tempo e si è assistito ad un ribaltamento di fronti tra solidarietà e parzialità dell'obbligazione.

Prima delle S.U. del 2008, infatti, e secondo un orientamento allora maggioritario, le obbligazioni assunte dal Condominio, ed in particolare dall'amministratore nel comune interesse e nei limiti delle sue attribuzioni ovvero eseguendo deliberazioni dell'assemblea, erano ritenute solidali, peraltro a prescindere dalla quota millesimale di pertinenza del condomino e dal fatto che lo stesso avesse già eventualmente provveduto a versarle, con la possibilità, quindi, per il creditore di esigere l'intero debito condominiale da un singolo proprietario, dotato in ogni caso di diritto di rivalsa sugli altri condòmini, in una posizione di maggiore vantaggio e di valorizzazione per il creditore, di certezza dei rapporti giuridici e di conclusione delle obbligazioni (specialmente se volte a consentire interventi manutentivi e di adeguamento degli stabili condominiali alle migliori tecnologie e ai superiori standard qualitativi), e quindi di circolazione della ricchezza.

Si riteneva ciò facilitasse la conclusione di obbligazioni nell'interesse della cosa comune (c.d. *propter rem*), nell'ottica delle maggiori garanzie sottese^[9] e si individuava la base giuridica nell'[art. 1294 c.c.](#), dettato normativo che sancisce il principio della solidarietà tra i debitori, se dalla legge o dal titolo non risulti diversamente, con un'impostazione dunque del tutto opposta a quella delle [S.U. del 2008](#), per la quale invece *ubi lex non dixit noluit*.

Nei rapporti interni fra i singoli condòmini le spese restavano, peraltro, ripartite *pro quota* ai sensi dell'[art. 1123 c.c.](#), ovvero del diverso regolamento o convenzione condominiale, se esistente.

4. Natura giuridica del Condominio

Solo un accenno alla questione, non secondaria, della natura giuridica del Condominio.

Come anche oltre si dirà, la qualificazione di cui sopra era ed è intimamente connessa a quella del "soggetto" rispet-

to al quale (e nella cui sfera) si producono gli effetti giuridici (anche propri dell'azione esecutiva e dell'espropriazione forzata di beni) e dunque all'impegno che l'amministratore (ovvero di chi altri sia stato delegato dai condòmini a impegnarsi in un vincolo obbligazionario) si assume nel concludere il contratto o un'altra obbligazione nell'ambito del rapporto verso i terzi ed i creditori, spendendo implicitamente il nome di tutti i condòmini ed impegnandoli tutti in forza del rapporto di mandato collettivo con gli stessi intercorrente.

La Corte di Cassazione^[10] ha definito il Condominio come "semplice ente di gestione" che opera in rappresentanza e nell'interesse comune dei partecipanti, limitatamente al buon uso della cosa comune, senza interferire nei diritti autonomi di ciascun condomino proprietario. Ne deriva che l'amministratore per effetto della nomina *ex art. 1129 c.c.* ha soltanto una rappresentanza *ex mandato* dei vari condòmini, e dunque per una categoria, dotata sì di una certa autonomia, ma estranea a quelle proprie e tipiche dei soggetti di diritto e dunque è privo di personalità giuridica^[11].

Anche la [L. 220/2012](#) cit. non ha riconosciuto personalità giuridica al Condominio, nonostante sia *ex lege* un soggetto fiscale, in quanto sostituito d'imposta^[12], dotato di un proprio codice fiscale identificativo.

In questo quadro normativo-giurisprudenziale si inserisce da un lato la sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione [n. 19663 del 18.09.2014](#)^[13] che, nello statuire come la legittimazione ad agire per l'equa riparazione^[14], spetti esclusivamente al Condominio quale soggetto autonomo, in persona dell'amministratore e come autorizzato dalla assemblea dei condòmini, in caso di violazione del termine ragionevole del processo, qualora il giudizio sia stato promosso dal Condominio, sebbene a tutela di diritti connessi alla partecipazione dei singoli condòmini, e senza che i singoli condòmini siano stati parte in causa, ha affermato l'esistenza di una soggettività giuridica autonoma del Condominio, soggetto di diritto distinto

[9] Così Cass. Civ., sez. 2, [n. 3235 dell'11.11.1971](#); Cass. Civ. sez. L, [n. 6073 del 18.12.1978](#); Cass. Civ. sez. 2, [n. 2085 del 5.04.1982](#), tutte in *Il Sole24Ore*, Ventiquattrore Avvocato, 2009, 7/8, p. 50 con nota di Nissolino e De Carlo. E, più di recente, Cass. Civ. sez. 2, [n. 4558 del 17.04.1993](#), in CED, Cassazione, 1993; Cass. Civ., sez. 2, [n. 14593 del 30.07.2004](#), in CED, Cassazione, 2004 e Cass. Civ., sez. 2, [n. 17563 del 21.08.2005](#), in *Il Sole24Ore*, Ventiquattrore Avvocato, 2016, 6, p. 29, con nota di Culot.

[10] Cass. Civ., sez. 2, [n. 7891 del 9.06.2000](#), in CED, Cassazione, 2000.

[11] Cass. Civ., sez. 2, [n. 2363 del 17.02.2012](#) in CED, Cassazione, 2012.

[12] Si veda [D.P.R. n. 600 del 29.09.1973](#) e s.m.i.

[13] In CED, Cassazione, 2014.

[14] Rif. [L. 89 del 2001](#).

dai suoi partecipanti, in analogia con quanto avviene con l'associazione[15]. L'esistenza di un organo rappresentativo unitario non priva, dunque, i singoli proprietari del potere di agire in difesa dei diritti connessi alla loro partecipazione, né di intervenire in giudizio in cui tale difesa sia stata legittimamente assunta dall'amministratore.

E recentissimo, con un nuovo "ribaltamento" di fronti, ancora si richiamano le S.U. della Corte di Cassazione che con sentenza [n. 10934 del 18.04.2019](#)[16], hanno invece disposto che "nelle controversie condominiali che investono i diritti dei singoli condòmini sulle parti comuni, ciascun condomino ha, in considerazione della natura dei diritti contesi, un autonomo potere individuale – concorrente, in mancanza di personalità giuridica del Condominio, con quello dell'amministratore – di agire e resistere a tutela dei suoi diritti di comproprietario "pro quota", sicché è ammissibile il ricorso incidentale tardivo del condomino che, pur non avendo svolto difese nei precedenti gradi di merito, intenda evitare gli effetti sfavorevoli della sentenza pronunciata nei confronti del Condominio senza risentire dell'analoga difesa già svolta dallo stesso". Anche se rimasto inerte nei primi gradi di giudizio, dunque, il condomino ha diritto di depositare un ricorso incidentale tardivo in proprio, nel giudizio di legittimità, affiancandosi all'amministratore, ogni qualvolta la controversia interessi la consistenza dei beni comuni[17].

5. Ed in materia esecutiva? Il caso della Corte di Cassazione n. 12715/2019

A dispetto della questione sistematica della natura del Condominio, quale soggetto dotato o no di personalità giuridica, seppure attenuata, ovvero di autonomia propria soggettività giuridica, in materia esecutiva è interve-

nuta nel 2019 una pronuncia del Giudice della Legittimità, in forza della quale l'esecuzione per il soddisfacimento dell'intero credito del terzo può avvenire direttamente contro il Condominio, pronuncia che *attenua* (senza superarlo e secondo le argomentazioni dei giudici) il principio che sembrava oramai assunto e consolidato della parzialità delle obbligazioni condominiali.

Ci si riferisce a Cass. Civ., sez. 3, [n. 12715 del 14.05.2019](#), che ha statuito in merito alla possibilità per il creditore del Condominio che abbia conseguito un titolo esecutivo [giudiziale] nei confronti del Condominio stesso, di procedere all'espropriazione dei crediti del Condominio nei confronti dei singoli condòmini, per i contributi dagli stessi dovuti[18] e nelle forme dell'espropriazione dei crediti presso terzi di cui agli [artt. 543 s.s. c.p.c.](#)

La questione viene affrontata dalla Cassazione nonostante il ricorso, nella fattispecie, sia dichiarato inammissibile per questioni processuali, data la rilevanza della sua soluzione per l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'[art. 363, comma 3 c.p.c.](#)

Nello specifico, infatti, un soggetto, creditore del Condominio, in base ad una sentenza di condanna al pagamento delle spese processuali relative ad un giudizio di cognizione, agisce in via esecutiva nei confronti dello stesso, pignorando i crediti vantati dal Condominio nei confronti di alcuni condòmini[19] per contributi dovuti; propone opposizione *ex art. 615 c.p.c.* il Condominio debitore, nonché uno dei terzi condòmini pignorati, eccependo la parzialità dell'obbligazione e, dunque, la necessità di agire esecutivamente solo nei confronti dei singoli condòmini morosi. Prima il Tribunale di Catania, sez. distaccata di Acireale, poi la Corte d'Appello, alla quale il Condominio si era rivolto, rigettano l'opposizione del Condo-

[15] E la [stessa L. 220/2012](#) legittimerebbe – in diverse sue disposizioni – l'impostazione data dalla Cassazione del 2014 cit. di una "seppure attenuata personalità giuridica" ovvero "una soggettività giuridica autonoma" quando prevede, ad esempio, l'obbligo dell'amministratore di tenere distinta la gestione del patrimonio del condominio dal patrimonio personale suo o degli altri condòmini, all'[art. 1129 n. 4 c.c.](#) ovvero la costituzione di un fondo speciale per coprire i costi per i lavori di manutenzione straordinaria all'[art. 1135 n. 4 c.c.](#) o ancora quando prevede – in tema di trascrizione – la necessità, per i condominii, di indicare l'eventuale denominazione, ubicazione e codice fiscale, *ex art.* [2659, comma 1 c.c.](#)

[16] In CED, Cassazione, 2019.

[17] Controversa, da cui la rimessione alle S.U., era la configurabilità del diritto del condomino che non aveva svolto difese nei gradi di merito, di interporre ricorso incidentale tardivo volto a fare rimuovere l'opera [il Condominio pure aveva richiesto la riduzione in pristino delle opere realizzate da un altro condomino, proprietario degli ultimi tre piani dell'edificio condominiale, in violazione al Regolamento condominiale e alla tutela di una servitù di passaggio in favore di parti comuni, esercitata mediante una scala esterna esistente tra il quarto ed il quinto piano].

[18] In CED, Cassazione, 2019.

[19] Peralto, ad opporsi, quale condomino terzo pignorato, non è stato un condomino moroso rispetto al pagamento degli oneri condominiali.

minio e dichiarano inammissibile quella del condomino terzo pignorato – entrando nello specifico della questione posta ed indicando il principio di diritto citato sopra. Sotto il profilo squisitamente processuale, il ricorso del primo, del Condomino, veniva rigettato perché l'amministratore aveva agito senza la preventiva e necessaria autorizzazione dell'assemblea, eventualmente richiesta anche in via di ratifica del suo operato, per controversie che non rientrano tra quelle per cui l'amministratore è già autonomamente legittimato ad agire *ex artt.* [1130](#) e [1131](#), comma [1](#) c.c., e neppure poteva essere concesso un termine per la regolarizzazione *ex post* ai sensi dell'[art. 182 c.p.c.](#), poiché il vizio – in sede di legittimità – era stato sollevato non d'ufficio, ma dalla controparte nel suo controricorso[20].

Quello del secondo, del condomino, veniva rigettato in quanto inammissibile, perché il terzo pignorato, nell'espropriazione di crediti, non ha interesse ed è privo di legittimazione a sollevare questioni che riguardano esclusivamente i rapporti tra creditore esecutante e debitore esecutato ed, in particolare, il diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata nei confronti del debitore (nella fattispecie il Condominio, in persona dell'amministratore, ancorché privo della legittimazione assembleare) per debiti del Condominio, il quale ultimo soltanto si poteva al più avvalere dell'apposito rimedio oppositivo di cui all'[art. 615 c.p.c.](#)[21].

6. Ed in materia esecutiva? Il principio di diritto della Corte di Cassazione n. 12715/2019

Come riferito, però, la Corte ha ritenuto di esaminare, nell'interesse della legge, il merito della questione (se, cioè, il terzo creditore possa agire esecutivamente, e per l'intero, nei confronti del Condominio, aggredendone il patrimonio, costituito anche dai crediti da questo vanta-

ti verso i condòmini), risolvendola in senso affermativo. Sinora il riferimento era stato in giurisprudenza, in particolare, a quelle pronunce che, *ex parte* condomino, statuivano (e statuiscono, perché l'alternativa di tutela cui esse fanno riferimento è tuttora possibile), che “ove il titolo esecutivo giudiziale si sia formato nei confronti del Condominio, il creditore che intenda procedere nei confronti del singolo condomino, quale obbligato <pro quota> deve preventivamente notificare a quest'ultimo il titolo esecutivo ed il precetto”[22], estendendo soggettivamente cioè la sfera degli obbligati, in rispetto al principio della parziarietà (ovvero solidarietà con beneficio della preventiva escussione rispetto ai morosi), e non oggettivamente quella dei beni dell'uno sui quali agire *in executivis*.

E tutto questo perché, si diceva, la notifica del precetto al singolo condomino, *ex art. 479 c.p.c.*, non può prescindere dalla notificazione, preventiva o contestuale, del titolo emesso nei confronti dell'ente di gestione condominiale. “Se infatti” – sempre con Cass. Civ. [n. 8150/2017](#) - “una nuova notificazione del titolo esecutivo non occorre per il destinatario diretto del decreto monitorio, nell'ipotesi di cui all'[art. 654 c.p.c.](#), comma 2, detta notificazione, invece, è necessaria qualora si intenda agire contro il singolo condomino, non indicato nell'ingiunzione ma responsabile *pro quota* dell'obbligazione a carico del Condominio”, per ragioni di tutela e perché il condomino, messo in condizioni di conoscere quale sia il titolo *ex art. 474 c.p.c.* in base al quale viene minacciata in suo danno l'esecuzione, possa anche, eventualmente, adempiere spontaneamente come stabilito dall'[art. 480 c.p.c.](#)[23] nel termine di 10 giorni.

L'intervento ultimo della Cassazione del 2019, invece, estende il profilo oggettivo, senza – a detta della Cassazione – violare però la dinamica della parziarietà, argomentando la decisione e motivandola.

[20] Nello stesso senso, rispetto ad all'amministratore di Condominio, ma anche, in analogia, alla capacità processuale del procuratore e dell'istitutore, si leggano: Cs. Civ., S.U., [n. 18331 del 6.08.2010](#) in CED, Cassazione, 2010; Cass. Civ., sez. 2, [n. 2179 del 31.01.2011](#), in CED, Cassazione, 2011; Cass. Civ., sez. 3, n. 12972 del 24.05.2013 in Il Sole24 Ore, Mass. Rep. Lex24, Cass. Civ., S.U., [n. 4248 del 4.03.2016](#), in CED, Cassazione, 2016; Cass. Civ., sez. 2, [n. 12525 del 21.05.2018](#) in CED, Cassazione, 2018; Cass. Civ., sez. 2 civ., ord. [n. 24212 del 4.10.2018](#), in CED, Cassazione, 2018; Cass. Civ., sez. 6 1, [n. 6996 dell'11.03.2019](#), in CED, Cassazione, 2019.

[21] Così anche per Cass. Civ., sez. L. [n. 6667 del 29.04.2003](#) in CED, Cassazione, 2003; Cass. Civ., sez. 3, [n. 387 dell'11.01.2007](#) in CED, Cassazione, 2007; Cass. Civ., sez. 3, [n. 4212 del 23.02.2007](#) in CED, Cassazione, 2007; Cass. Civ., sez. 3, [n. 3790 del 18.02.2014](#) in Il Sole24Ore, Mass. Rep. Lex24; Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 23631 del 28.09.2018](#), in CED, Cassazione, 2018.

[22] Così, Cass. Civ., sez. 6. 3, ord. [n. 8150 del 29.03.2017](#), in CED, Cassazione, 2017. Anche Cass. Civ., sez. 3, n. 1289 del 30.01.2012, in Il Sole24Ore, Guida al Diritto, 2012, 12, p. 68 e Cass. Civ., sez. 3, ord. n. 23693 dell'11.11.2011 in SmartLex24.

[23] In caso contrario l'atto di precetto dovrà essere dichiarato nullo, in caso di opposizione del condomino esecutato. Non è stato condiviso, come aveva fatto invece il Tribunale di prime cure, ritenere che l'amministratore abbia la rappresentanza dei singoli condòmini e che, in quanto tale, sia legittimato a ricevere la notificazione di atti con effetti immediatamente loro riconducibili.

Infatti, secondo i principi generali (artt. [2740](#) e [2910](#) c.c.), mediante l'espropriazione forzata è possibile espropriare al debitore tutti i suoi beni, inclusi i crediti.

Affinché l'espropriazione dei crediti vantati dal Condominio verso i singoli condòmini per i contributi dovuti sia legittima è quindi sufficiente (e necessario) che sia configurabile, sul piano sostanziale, un effettivo rapporto obbligatorio tra Condominio e singolo condomino, avente ad oggetto il pagamento dei contributi condominiali^[24]. E sul piano sostanziale è innegabile, per i Giudici di legittimità, che sussista ed esista un rapporto obbligatorio tra queste "parti" rispetto al pagamento dei contributi condominiali: la base giuridica è nell'[art. 63 disp. att. c.c.](#) che prevede, anche nella "versione" aggiornata al 2012, che l'amministratore possa ottenere un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo in favore del Condominio e contro il singolo condomino inadempiente rispetto al pagamento dei contributi e secondo lo stato di ripartizione approvato dall'assemblea. Tale credito può essere, pertanto, pignorato ed il condomino sarà *debitor debitoris* e dunque terzo. Neppure si viola, così ragionando, il principio di parzialità delle obbligazioni condominiali di cui detto anche sopra: infatti, laddove l'esecuzione avvenga direttamente contro il Condominio e non contro il singolo condomino, non solo l'esecutato è il Condominio, debitore per l'inte-

ro, ma l'espropriazione di beni e diritti del Condominio, cioè dei beni che, proprio in quanto condominiali, appartengono *pro quota* a tutti i condomini, finisce addirittura per attuare, in linea di principio ed in concreto, il richiamato principio di parzialità, senza violarlo.

7. Conclusione

La Suprema Corte, dunque, nel dichiarare inammissibile processualmente il ricorso, enuncia ai sensi dell'[art. 363, comma 3 c.p.c.](#) i seguenti principi di diritto: il primo che, una volta ottenuto un titolo esecutivo giudiziale, sia esso una sentenza di condanna o un decreto ingiuntivo esecutivo (*ex se* o non opposto), il creditore può agire per l'intero ed intimare il precetto al Condominio e, in difetto di pagamento, procedere al pignoramento dei beni e dei diritti di pertinenza del Condominio stesso, come ad esempio il conto corrente condominiale^[25] ovvero gli oneri che i condomini-terzi debbono versare per la loro appartenenza al Condominio; il secondo che, ottenuto il titolo esecutivo nei confronti del Condominio, il creditore può agire esecutivamente *pro quota* nei confronti dei singoli condomini morosi, previa notifica del titolo e del precetto, fornendo l'[art. 63 disp. att. c.c.](#) in entrambi casi la base giuridica per queste tutele al creditore, ma anche al debitore/debitori.

[24] Oltre che, ovviamente, un rapporto obbligatorio tra creditore e Condominio, cosa questa che era stata risolta nella fattispecie concreta in sede di cognizione, avendo il creditore conseguito il titolo esecutivo giudiziale, la sentenza di condanna alle spese, direttamente nei confronti del Condominio.

[25] Si ricordi con Trib. Genova, sez. 7 civ., [n. 710 dell'8.03.2018](#) in SmartLex24, che, di contro rispetto all'impostazione che abbiamo esaminato, i condòmini sono privi di legittimazione ad agire per il recupero di somme dovute da ciascun condomino per la gestione comune. "La legittimazione ad agire per il pagamento degli oneri condominiali ed a proporre l'eventuale impugnazione spetta, invero, e solo verso i proprietari e non i conduttori, all'amministratore e non ai singoli condomini, perché il principio per cui l'esistenza dell'organo rappresentativo unitario non priva i singoli condòmini del potere di agire in difesa dei diritti connessi alla loro partecipazione, né di intervenire nel giudizio in cui tale difesa sia legittimamente assunta dall'amministratore, non trova applicazione nelle controversie aventi ad oggetto non già un diritto comune, ma la sua gestione ovvero l'esazione delle somme a tale fine dovute da ciascun condomino, siccome promesse per soddisfare un interesse direttamente collettivo". Sul pignoramento del conto corrente condominiale si richiamano: Trib. Milano, ord. 24.05.2014 in *Il Sole 24Ore*, Guida al Diritto, 2014, 43, p. 25; Trib. Milano, sez. 3 civ., n. 11878 del 21.11.2017 in *Il Sole24Ore*, Consulente Immobiliare, 2018, 1041, p. 504. Trib. Taranto, sez. 3 civ., n. 2413 del 13.07.2015 in Smartex24; Trib. Pescara, ord. 2.04.2014 in *Il Sole24Ore*, Guida al Diritto, 2014, 43, p.20; Trib. Pescara, ord. 8.05.2014, in *Il Sole24Ore*, Consulente Immobiliare, 2018, 1041, p. 505. Contra: Trib. Pescara, ord. 18.12.2013, in *Il Sole24 Ore*, Guida al Diritto, 2014, 31, p. 33 con nota di Salciarini. Sulla indisponibilità delle somme sul conto corrente in capo ai singoli condomini si legga Trib. Ascoli Piceno, [26.11.2015](#) già cit. in nota 4.

OVERRULING PROCESSUALE

Mutamento giurisprudenziale «ampliativo» e rimessione in termini

di Alberto Villa

DEL 30 LUGLIO 2019

Sommario

1. Premessa
2. L'impugnazione del lodo per errores iuris in iudicando
3. Il caso che ha dato origine all'eccezione di overruling
4. Segue: esclusione della configurabilità di un overruling processuale in ragione dell'effetto «ampliativo» della sopravvenuta esegesi giurisprudenziale
5. Overruling processuale e rimessione in termini

1. Premessa

Molto tempo è trascorso dalla tristemente nota (per le sue infauste potenzialità applicative) pronuncia delle Sezioni Unite che si era espressa per l'automatica dimidiazione dei termini di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo^[1], così sovvertendo l'ultracinquantennale orientamento secondo il quale una simile riduzione si sarebbe potuta verificare soltanto in caso di assegnazione all'opposto di un termine a comparire

inferiore rispetto a quello ordinario. È a partire da tale decisione che il tema del c.d. *overruling* processuale, e quindi del mutamento di indirizzo giurisprudenziale nell'interpretazione di una norma che disciplina il processo, con conseguente cambiamento delle «regole del gioco» in un momento in cui il «gioco» (il processo) è già in corso, è assunto agli onori delle cronache processualciviltiche ed è stato oggetto di significative analisi e proposte risolutive^[2], *in primis* da parte delle stesse

[1] Cass., Sez. Un., [9 settembre 2010, n. 19246](#), in *Foro it.*, 2010, I, 3014.

[2] Senza pretese di esaustività, si segnalano gli scritti di Costantino, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073 ss.; Id., *Governance e giustizia*, in Id., *Riflessioni sulla giustizia (in) civile (1995-2010)*, Torino, 2011, 69 ss.; Id., nota a Cass., 25 febbraio 2011, n. 4687 e Cass., [7 febbraio 2011, n. 3030](#), in *Foro it.*, 2011, I, c. 1080 s.; Id., in Aa.Vv., *Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*, atti dell'incontro di studi tenutosi in Roma in data 24 maggio 2011, in [www.cortedicassazione.it](#), 13 ss.; Id., *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 645 ss.; Id., *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 712 ss.; Id., *Il giudizio di cassazione tra disciplina positiva e soft law*, in *Giur. it.*, 2018, 777 ss.; Id., *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1443; Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, cit., 1390 ss.; Id., in Aa.Vv., *Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*, atti dell'incontro di studi tenutosi in Roma in data 24 maggio 2011, in [www.cortedicassazione.it](#), 9 ss.; Verde, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.; Id., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit., 505 ss. (spec. nell'Appunto bibliografico in calce all'articolo); Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1337 ss.; Id., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in [www.historiaetius.eu](#); Id., in Aa.Vv., *Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*, atti dell'incontro di studi tenutosi in Roma in data 24 maggio 2011, in [www.cortedicassazione.it](#), 6 ss.; Briguglio, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo; ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in [www.judicium.it](#); Consolo, *La Cassazione civile tra lacune legislative e vocazioni ordinamentali*, in Aa.Vv., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano, 2013, 95 ss.; Id., *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. cost.*, 2012, 3166 ss.; Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, 117 ss.; Auletta, *Irretroattività dell'overruling: come il «valore del giusto processo può trovare attuazione»*, in *Il giusto proc.*

Sezioni Unite, a partire dal noto arresto del 2011^[3]. Purtuttavia, il tema dell'*overruling* processuale – nella peculiare (e limitata) accezione appena riferita – è ancora vivo nelle pagine della nostra giurisprudenza. Soprattutto, quella che potrebbe essere definita «l'eccezione di *overruling*» appare ormai entrata nell'ideale «armamentario» delle parti e (vista la natura prettamente tecnica della questione) dei loro difensori, che in plurime e variegate fattispecie hanno occasione di evidenziare, con fortune alterne, un sopravvenuto *revirement* giurisprudenziale asseritamente lesivo dell'affidamento riposto in una determinata regola che presiede allo svolgimento del giudizio.

2. L'impugnazione del lodo per *errores iuris* in iudicando

La vicenda ermeneutica che ha interessato l'[art. 829 c.p.c.](#), in relazione all'impugnazione del lodo rituale «per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia», rappresenta un'ulteriore pagina delle diverse epifanie della problematica dell'*overruling* processuale. In relazione a essa, si sono pronunciate, anzitutto, la prima sezione della Cassazione, con un'ordinanza di rimessione della questione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite^[4], e, poi, le Sezioni Unite, con la sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135^[5].

Ripercorriamo sinteticamente la vicenda ermeneutica che ha interessato l'[art. 829 c.p.c.](#), per poi evidenziare, in relazione alla «risposta» – come vedremo negativa – fornita

dalla Cassazione circa l'effettiva configurabilità, nel fattispecie sottoposta al suo esame, di un *revirement* giurisprudenziale lesivo dell'affidamento delle parti, un peculiare aspetto della tematica dell'*overruling* processuale, e cioè quello della sua natura «restrittiva», con conseguente espunzione dall'area delle pronunce rilevanti *in subiecta materia* delle decisioni di segno «ampliativo»^[6].

Prima del 2006, l'[art. 829, comma 2, c.p.c.](#) prevedeva che «l'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile». In seguito alla riforma di cui al [d.lgs. n. 40/2006](#), la regola, contenuta nel 3° comma del medesimo articolo, è quella secondo la quale «l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge». Mentre, *ante* 2006, il silenzio delle parti valeva a sancire l'*ammissibilità* dell'impugnazione del lodo per *errores iuris* in iudicando, dopo il 2006 dal silenzio delle parti scaturisce l'*inammissibilità* dell'impugnazione.

Senonché, l'[art. 27, comma 4, d.lgs. n. 40/2006](#) ha previsto che «le disposizioni degli articoli [21](#), [22](#), [23](#), [24](#) e [25](#)» – laddove l'[art. 24](#) è quello che ha inciso sull'[art. 829 c.p.c.](#) – «si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto». Ne è de-

civ., 2011, 1117 ss.; Carpi, in Aa.Vv., *Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*, atti dell'incontro di studi tenutosi in Roma in data 24 maggio 2011, in [www.cortedicassazione.it](#), 4; Caponi, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in [www.judicium.it](#); Id., in Aa.Vv., *Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*, atti dell'incontro di studi tenutosi in Roma in data 24 maggio 2011, in [www.cortedicassazione.it](#), 18 ss.; Id., *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione delle norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311 ss.; Cavalla, Consolo, De Cristofaro, *Le S. U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1397 ss.; Vanz, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1078 ss.; D'Alessandro, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 1476 ss.; Carbone, in Aa.Vv., *Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*, atti dell'incontro di studi tenutosi in Roma in data 24 maggio 2011, in [www.cortedicassazione.it](#), 21 s.; Comoglio, *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 525 ss.; Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 273 ss.; Id., *Quando l'apparenza inganna: pronunce «ampliative» di diritti processuali e tutela dell'affidamento*, in *Foro it.*, 2019, I, 969 ss. Cfr. anche, *si vis*, Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018, *passim*.

[3] Cass., Sez. Un., [11 luglio 2011, n. 15144](#), in *Corr. giur.*, 2011, 1392.

[4] Cass., 2 agosto 2018, n. 20472, in *Giur. it.*, 2018, 2449, con nota di Godio, Stella, *Recupero dei motivi di nullità del lodo per errori di diritto non svolti tempestivamente?*; e in *Riv. arb.*, 2019, 81, con nota di Villa, «Volevo, ma non potevo»: il lodo ingiusto e l'affidamento della parte nonimpugnante.

[5] In *Foto it.*, 2019, 5, I, 1623, con nota di Capasso, *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*.

[6] Intendendosi le qualificazioni «restrittiva» e «ampliativa» nel senso che sarà chiarito nel testo.

rivato che le parti, che al momento della stipula di una convenzione di arbitrato anteriore al 2006 avevano scelto di lasciarsi aperta la strada della censura del lodo sotto il profilo della violazione delle regole di diritto, si sono trovate, attivato il giudizio arbitrale successivamente all'entrata in vigore della riforma, a iniziare un procedimento rispetto al quale, sulla base della medesima convenzione, sarebbe stata loro preclusa l'impugnazione del lodo per *errores iuris in iudicando*.

A fronte di questo scenario, *post* 2006 si sono registrate decisioni della giurisprudenza di merito in linea con la lettera del dato normativo, e quindi preclusive dell'impugnazione *de qua* anche in caso di convenzione stipulata *ante* 2006; e soltanto nel 2012 è intervenuta la prima pronuncia della Corte di Cassazione ammissiva dell'impugnazione del lodo per *errores in iudicando* allorché le parti non l'avessero espressamente esclusa nella convenzione d'arbitrato stipulata anteriormente alla riforma del 2006^[7]. Infine, nel 2016 le Sezioni Unite hanno statuito che «l'art. 829 c.p.c., comma 3, come riformato dal d. lgs. n. 40 del 2006, art. 24, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, ma la legge cui lo stesso art. 829 c.p.c., comma 3, rinvia, per stabilire se è ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, è quella vigente al momento della stipulazione della convenzione d'arbitrato»^[8]. Pertanto, se la convenzione d'arbitrato è stata stipulata prima dell'entrata in vigore della riforma del 2006, il silenzio serbato dalle parti circa l'impugnabilità del lodo va interpretato in modo conforme alla legge del tempo, ossia all'art. 829, comma 2, c.p.c. olim vigente, e dunque nel senso che la volontà delle parti è ammissiva dell'impugnazione del lodo anche per *errores iuris in iudicando*.

3. Il caso che ha dato origine all'eccezione di overruling

È in questo quadro che si inserisce la vicenda che ha dato luogo alle richiamate pronunce della Corte di Cassa-

zione. Nel caso di specie, la convenzione d'arbitrato era stata stipulata nel 2005 e la domanda arbitrale e l'impugnazione del lodo davanti alla competente corte d'appello erano state proposte rispettivamente nel 2007 e nel 2008. Nel giudizio svoltosi davanti alla corte d'appello, conclusosi nel 2017, la parte impugnante aveva sostenuto di aver «limitato» la propria impugnazione del *dictum* arbitrale ai soli *errores in procedendo* riponendo affidamento, oltre che nella lettera della norma, nella giurisprudenza *olim* invalsa, che precludeva all'impugnante la contestazione dell'ingiustizia del lodo anche a fronte di una convenzione d'arbitrato incolpevolmente silente (perché anteriore al 2006). Il che avrebbe giustificato, sempre nella prospettiva della parte impugnante, la rimessione della stessa in termini una volta intervenuta, *pendente lite*, l'esegesi normativa ammissiva dell'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

Esclusa la rimessione in termini da parte della corte d'appello, il caso è giunto davanti alla Suprema Corte, che, con la già richiamata ordinanza dell'agosto 2018, ha ritenuto che «deve essere rimessa al Primo Presidente, ai fini della eventuale assegnazione alle Sezioni unite, la questione se, con riguardo alla vicenda ermeneutica dell'art. 829 c.p.c. e del d. lgs. n. 40 del 2006, art. 27, sia applicabile il principio del *prospective overruling* o, comunque, la rimessione in termini per "causa non imputabile" della decadenza, con riguardo alla nuova interpretazione delle predette disposizioni, resa dal giudice di legittimità, che abbia radicalmente disatteso la precedente interpretazione letterale offerta dalla giurisprudenza di merito (e, segnatamente, dal giudice chiamato a decidere l'impugnazione del lodo arbitrale), cui l'impugnante si era conformato».

Senonché, come anticipato, con la sentenza n. 4135/2019 le Sezioni Unite hanno escluso la sussistenza di un *overruling* meritevole di tutela e, quindi, l'ammissibilità dell'invocata rimessione in termini.

[7] Cass. 19 aprile 2012, n. 6148, in *Riv. arb.*, 2013, 411 ss. (con nota di NotarPasquale, *Osservazione sulla applicazione nel tempo del nuovo art. 829, comma 3, c.p.c.*): «Le modifiche apportate all'art. 829 c.p.c. dalla legge di riforma di cui al d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 sono volte a delimitare l'ambito d'impugnazione del lodo arbitrale, laddove le convenzioni concluse prima della sua entrata in vigore continuano ad essere regolate dalla legge previgente, che disponeva l'impugnabilità del lodo per violazione della legge sostanziale, a meno che le parti non avessero stabilito diversamente; ne consegue che, in difetto di una disposizione che ne sancisca la nullità o che obblighi le parti ad adeguarle al nuovo modello, la salvezza di tali convenzioni deve ritenersi insita nel sistema, pur in difetto di un'esplicita previsione della norma transitoria».

[8] Cass., Sez. Un., 9 maggio 2016, nn. 9284, 9285, 9341 (tutte del medesimo estensore; la prima pronuncia è edita in *Giur. it.*, 2016, 1451, con nota di Consolo, Bertoldi, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*).

4. Segue: esclusione della configurabilità di un *overruling* processuale in ragione dell'effetto «ampliativo» della sopravvenuta esegesi giurisprudenziale

Il supremo consesso ha fondato la sua decisione su una serie di articolati rilievi, alcuni dei quali concernono anche delicati profili ordinamentali^[9].

Tra di essi, si evidenzia in questa sede il rilievo per cui l'*overruling* andrebbe escluso in quanto, nella specie, il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale è risultato, sotto il profilo dei relativi effetti, «ampliativo» dei poteri delle parti, e non già «restrittivo»: l'esegesi giurisprudenziale pregressa escludeva l'impugnazione per *errores in iudicando de iure*; il mutamento di indirizzo sopravvenuto nel corso del giudizio di impugnazione del lodo l'ha ammesa. Il tutto con la conseguenza che la nuova esegesi avrebbe potuto trovare senz'altro immediata applicazione nel giudizio impugnatorio pendente davanti alla corte d'appello, senza alcuna necessità di invocare gli istituti dell'*overruling* e della rimessione in termini (a condizione peraltro che la parte avesse tempestivamente proposto, nel proprio atto di impugnazione del lodo, anche un'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, il che nella specie non era avvenuto^[10]). Così le Sezioni Unite sul punto: «A meritare la tutela [...] è la parte che vedrebbe frustrato il proprio legittimo affidamento nell'interpretazione resa dalla Suprema Corte nel momento in cui ha tenuto la condotta processuale, qualora fosse esposta agli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) derivanti dal successivo *revirement* giurisprudenziale», ed «è per questa ragione che la parte ha interesse a che la propria condotta processuale venga giudicata alla luce della norma come interpretata nel momento in cui quella condotta è stata tenuta, al fine di non incorrere negli effetti sfavorevoli e preclusivi determinati dalla nuova interpretazione giurisprudenziale»; per contro, «alla logica dell'istituto in esame [...] è estranea l'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia ampliativo di facoltà e poteri processuali e sia la parte ad invocarlo perché più favorevole nei suoi confronti. Se il nuovo indirizzo interpretativo è in *bonam partem*, infatti, non vi è una lesione dell'affidamento meritevole della tutela

da *prospective overruling*, al fine di superare decadenze o preclusioni maturate in osservanza del precedente indirizzato». Ancora, «a confermare la impraticabilità, nella specie, del rimedio della rimessione in termini da *prospective overruling* (per consentire alla ricorrente di denunciare con motivi aggiunti errori di diritto imputabili al lodo prima non denunciati) è l'osservazione che la parte imputa il lamentato pregiudizio non al nuovo orientamento espresso dalla sentenza [n. 6148 del 2012](#) (e dalle Sezioni Unite nel 2016) – che anzi chiede di applicare perché ampliativo delle proprie facoltà impugnatorie e quindi favorevole –, ma alla personale e limitativa interpretazione della disciplina transitoria contenuta nel [d.lgs. n. 40 del 2006](#), in materia arbitrale. Quindi non si oppone all'applicazione di un sopravvenuto orientamento giurisprudenziale visto come causa di una ingiusta decadenza per una condotta ossequiosa del precedente orientamento, solo successivamente modificato, come nella logica dell'*overruling*, che non può invocarsi quando, come nella specie, è il proprio errore interpretativo che costituisce causa diretta ed esclusiva della decadenza in cui è incorsa per non avere impugnato il lodo per motivi di diritto nei termini perentori di cui all'[art. 828 c.p.c.](#)».

5. *Overruling* processuale e rimessione in termini

In relazione alle riportate affermazioni delle Sezioni Unite, sembra condivisibile l'assunto per cui un problema di *overruling* in materia processuale ricorra soltanto se il mutamento interpretativo sia di tipo «restrittivo», generando «un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte»^[11], e non già il contrario. Per un verso, «il rimedio restitutorio può essere legittimamente invocato solo da chi, per effetto del mutamento d'indirizzo giurisprudenziale, si trova soggetto ad un peggioramento qualitativamente significativo della propria posizione processuale, in particolare vedendosi privato del diritto ad un giudizio di merito, e così alla verifica giurisdizionale circa il fondamento delle proprie pretese o difese»^[12]; e, per altro verso, «la piena ed immediata operatività dell'indirizzo novellamente accolto in *bonam partem* - oltre a debitamente premiare la parte che ha combattuto per la sua affermazione [...] – non viene in alcun modo a tradire affi-

[9] Come, in particolare, quello della responsabilità del difensore e quello del ruolo della giurisprudenza di merito (avuto riguardo al quesito se, tra le cause di legittimo affidamento nella scelta processuale della parte, possa annoverarsi anche tale giurisprudenza).

[10] Si tornerà a breve su questo aspetto.

[11] Così, *ex multis*, Cass., Sez. Un., [11 marzo 2013, n. 5962](#).

[12] Cavalla, Consolo, De Cristofaro, *op. cit.*, 1407.

damenti meritevoli di tutela»[13], «tali non essendo quelli di chi, dietro allo schermo dell'invocazione della parità di trattamento, in realtà mira [...] a sottrarsi ad una rinnovata verifica nel merito del fondamento della propria posizione sostanziale»[14].

Nella specie, l'interpretazione sopravvenuta ha ampliato, e non già ristretto, la verifica nel merito della lite, sicché la parte impugnante avrebbe potuto immediatamente giovarsene[15], ferma la possibilità, *per la controparte*, di chiedere un'eventuale rimessione in termini per difendersi rispetto alle nuove deduzioni ammesse (nella specie, per difendersi rispetto all'impugnazione del lodo per *errores iuris in iudicando*). Esattamente in questi termini si era svolto il giudizio di impugnazione del lodo conclusosi con la citata pronuncia del 2012 che costituisce la prima pronuncia della Suprema Corte favorevole all'orientamento «sindacalista», ammissivo dell'impugnazione di cui trattasi. In quel giudizio, nel quale il soccombente in arbitrato aveva impugnato il lodo per *errores iuris in iudicando* (deducendo anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 27 del d.lgs. n. 40/2006), e la controparte, vittoriosa in arbitrato, aveva sollevato eccezione «restrittiva» rispetto alla rinnovata verifica del merito della lite, sulla base del nuovo 3° comma dell'art. 829 c.p.c., la corte d'appello ha *senz'altro applicato* la nuova lezione esegetica nel processo pendente, trattandosi di indirizzo «ampliativo» rispetto alla celebrazione del giudizio di merito. Le pronunce di segno «ampliativo», ancorché innovative, non generano un problema di *overruling* processuale, non essendoci ragione, per la parte interessata, di chiedere la rimessione in termini o (secondo la logica sottesa al *prospective overruling*) l'applicazione della nuova lezione giu-

risprudenziale soltanto *pro futuro*: l'applicazione è immediata (come di regola dev'essere l'applicazione di ogni interpretazione fatta propria dal giudice adito), giacché giova alla parte, che accede a un rinnovato esame del merito. Di converso, l'altra parte, che aveva eccepito un impedimento rispetto al celebrando processo di merito (secondo l'invalsa tesi «restrittiva») potrebbe chiedere di essere rimessa in termini rispetto alle (incolpevolmente trascurate) difese di merito, ma non è titolare di un affidamento meritevole di tutela rispetto alla chiusura del processo in rito laddove il giudice adito ritenga invece possibile e dovuta (ancorché sulla base di un'interpretazione innovativa) la pronuncia di merito.

Ciò detto, occorre da ultimo dar conto del problema – peraltro estraneo al tema dell'*overruling* processuale – per cui, nella specie, l'impugnante non ha potuto giovare dell'*overruling* ampliativo, avendo limitato la spiegata impugnazione agli *errores in procedendo*. Si tratta di contegno la cui valutazione – *rectius*, la valutazione circa la scusabilità dell'errore di diritto a esso sotteso – sembra assumere un peso determinante rispetto agli esiti della vicenda[16]. Le Sezioni Unite hanno dato rilievo al fatto che il difensore, «nella pluralità dei significati plausibili inclusi nel potenziale semantico del testo legislativo», dovrebbe scegliere quello più rigoroso, ovvero il senso che ponga la parte assistita quanto più possibile al riparo da decadenze e preclusioni. E ciò tanto più [...] in presenza di un «pur larvato dibattito dottrinale» [...] come quello emerso ben presto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006, circa la plausibilità di un'applicazione immediata della riforma anche alle parti di convenzioni arbitrali stipulate anteriormente»[17]. Se per contro si assu-

[13] Cavalla, Consolo, De Cristofaro, *op. cit.*, 1408.

[14] Cavalla, Consolo, De Cristofaro, *op. loc. cit.*

[15] Cfr. anche Godio, Stella, *op. cit.*, 2454: «La ricorrente, infatti, non chiede che il suo agire processuale venga giudicato alla luce della norma (art. 829, 3° comma, c.p.c.) come interpretata al momento del compimento dell'atto di impugnazione, per poter così superare preclusioni o decadenze pur sempre riconducibili a quella norma [...], ma conseguenti all'iscrizione ad essa, da parte del nuovo indirizzo interpretativo, di un significato già possibile ma diverso da quello in precedenza invalso. Tutto al contrario, si chiede venga applicata la norma (art. 829, 3° comma, c.p.c.) come interpretata dal successivo, più favorevole perché ampliativo degli spazi di tutela della parte, indirizzo giurisprudenziale. Il che già per ciò solo pone la fattispecie al di fuori dell'ambito di operatività del c.d. *prospective overruling*».

[16] Cfr. Godio, Stella, *op. cit.*, 2455: «Il cuore del quesito è invece se alla parte che abbia rinunciato ad esercitare un potere processuale credendo di non averlo, per aver prestato orecchio ad una interpretazione giurisprudenziale più o meno diffusa di una norma (che a sua volta, testualmente, sembrava negare la spettanza di quel potere), ma senza aver ancora potuto beneficiare dell'interpretazione nomofilattica della norma all'apparenza limitatrice, possa muoversi un rimprovero di negligenza o di leggerezza eccessiva. O se invece la parte conservi intatta la possibilità di formulare una istanza di rimessione in termini, allorché (e non appena) l'interpretazione (pedissequamente letterale) della norma quale fornita dalla giurisprudenza di merito sia scalzata da un precedente nomofilattico, all'insegna di una interpretazione *secundum Constitutionem* prima non intravista dai giudici di merito. Eventualità non rarissima, dopotutto».

[17] Si tratta di soluzione senz'altro rigorosa, ma che, ad avviso di chi scrive, potrebbe risentire dell'assoluta peculiarità del caso in que-

ma che, nel caso che ci occupa, l'impugnante abbia ommesso di porre in essere un atto «ragionevolmente ritenuto [...] vietato»^[18], giusta la previsione letterale dell'[art. 27 del d.lgs. n. 40/2006](#), allora potrebbe concludersi che nella specie la Cassazione avrebbe «perso l'occasione di affermare un principio più generale e potenzialmente deflativo, che avrebbe consentito agli operatori di continuare – pure in fattispecie diverse da quella in rassegna – a prestar fede alla lettera della legge (anche ingiusta), con la sicurezza di potersi giovare, eventualmente, di una sopravvenuta correzione in via interpretativa dell'ingiustizia»^[19].

Resta comunque il fatto che, qualora si fosse ammessa la rimessione in termini, essa nulla avrebbe avuto a che fare con il problema «tipico» dell'*overruling* processuale, e cioè quello di sterilizzare il giudizio in corso rispetto all'applicazione della sopravvenuta esegesi (di tipo restrittivo): «all'opposto, la rimessione in termini sarebbe servita allo scopo inverso, ossia a quello di garantire non già la irretroattività, ma la retroattività del nuovo orientamento»^[20], ampliativo dei diritti della parte che (incolpevolmente, in tale prospettiva) aveva ommesso di spendere l'impugnazione del lodo per *errores iuris in iudicando*.

stione: nella specie, la norma sopravvenuta sovvertiva *ex post*, e irragionevolmente, la scelta espressa dalla parte nella convenzione di arbitrato, atto dal quale *ex necesse* il difensore avrebbe dovuto prendere le mosse nell'individuazione della latitudine dei poteri impugnatori da spendere nell'interesse della parte. Cfr. anche Villa, «Volevo, ma non potevo», cit., 94 ss.; Godio, Stella, *op. cit.*, 2458, ove i seguenti rilievi: «In concreto, la prova che la decadenza sia dipesa da un ragionevole timore di proporre una impugnazione inammissibile, sarà quanto mai ardua quando, come nella specie, la impugnazione del lodo deducendo solo *errores in procedendo* sia stata proposta neppure un anno dopo l'entrata in vigore della riforma dell'arbitrato, sicché a stento si sarebbe potuta dire formata una qualsivoglia “corrente” giurisprudenziale, favorevole o contraria alla impugnabilità del lodo per *errores in iudicando*, tenuto conto dei tempi medi di definizione del giudizio di impugnazione avanti alle oberatissime corti d'appello. Ed inoltre, già all'indomani della riforma, non erano mancate voci attente al profilo transitorio [...], ed a favore della persistente impugnabilità per errori di diritto del lodo pronunciato in virtù di compromesso anteriore al 2006». In generale, sulla rimessione in termini per «ignoranza o errore sulla norma processuale» e per «ignoranza della incostituzionalità della norma processuale», v. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 292 ss.

[18] Capasso, *op. cit.*, 1640.

[19] Capasso, *op. cit.*, 1644.

[20] In questi termini, Passanante, *Quando l'apparenza inganna*, cit., 974 (a commento del caso deciso da Cass., 3 ottobre 2018, n. 24133).

OPPOSIZIONE ALL'INGIUNZIONE EUROPEA

Le Sezioni Unite intervengono sul coordinamento tra l'opposizione all'ingiunzione europea (Regolamento CE n. 1896/2006) e il diritto interno

di Caterina Silvestri

DEL 31 LUGLIO 2019

Con pronuncia del [31 gennaio 2019, n. 2840](#), la Corte di Cassazione è intervenuta nella sua formazione più autorevole a comporre le divergenti interpretazioni espresse dalla giurisprudenza, che nel difetto di disciplina legislativa si erano inevitabilmente formate, sul coordinamento tra la fase monitoria dell'ingiunzione di pagamento europea^[1] e il diritto processuale nazionale, destinato a trovare applicazione in caso di opposizione.

La pronuncia in esame riguarda il testo del [regolamento n. 1896 del 2006](#) antecedente alla riforma portata dal regolamento n. 2015/2421 il quale, come noto, ha previsto alcune modifiche alla procedura europea di recupero dei crediti di modesta entità (regolamento n. 861 del 2007) e all'ingiunzione Ue, modificando, tra l'altro, proprio la fase dell'opposizione.

Le novità concernenti quest'ultima hanno riguardato, in particolare, la previsione introdotta all'attuale [art. 7, paragrafo 4](#), concernente la possibilità per il creditore richiedente l'ingiunzione di «indicare al giudice quale eventuale procedura, fra quelle elencate all'[art. 17](#), paragrafo 1, lettere a) e b), chiede che si applichi alla sua domanda nel successivo procedimento civile qualora il convenuto presenti opposizione all'ingiunzione di pagamento europea». La nuova versione dell'[art. 17](#), dal canto suo, indica quale rito per l'opposizione all'ingiunzione, quello del procedimento europeo per le controversie di modesta entità, ovvero di un «rito processuale civile nazionale appropriato»^[2].

Benché, come già osservato, la pronuncia delle Sezioni

[1] Sull'ingiunzione di pagamento europea: P. Biavati, *Reg. CE n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento. Commento agli artt. 1, 24, 25, 26 e 32*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, n. 2, p. 387 ss.; Id., *Il regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento*, in *Manuale di diritto processuale civile europeo*, a cura di M. Taruffo e V. Varano, Torino, 2011, p. 311 ss.; G. Porcelli, *L'ingiunzione di pagamento europea. Analisi sistematica e pratica del regolamento comunitario*, Unilibro, 2010 A. Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009.

[2] La versione aggiornata dell'[art. 17](#), intitolato «effetti della presentazione di un'opposizione», dispone: «1. Se l'opposizione è presentata entro il termine stabilito all'[articolo 16](#), paragrafo 2, il procedimento prosegue dinanzi ai giudici competenti dello Stato membro d'origine, a meno che il ricorrente non abbia esplicitamente richiesto in tal caso l'estinzione del procedimento. Il procedimento prosegue in conformità delle norme: a) del procedimento europeo per le controversie di modesta entità di cui al regolamento (CE) n. 861/2007, laddove applicabile; oppure b) di un rito processuale civile nazionale appropriato. 2. Qualora il ricorrente non abbia indicato quale delle procedure elencate al paragrafo 1, lettere a) e b), chiede che si applichi alla sua domanda nel procedimento avviato in caso di opposizione o qualora il ricorrente abbia chiesto che si applichi il procedimento europeo per le controversie di modesta entità di cui al regolamento (CE) n. 861/2007 a una controversia che non rientra nel campo di applicazione di tale regolamento, il procedimento viene trattato secondo l'appropriato rito civile nazionale, a meno che il ricorrente non abbia esplicitamente chiesto che tale mutamento di rito non avvenga. 3. Qualora il ricorrente abbia perseguito il recupero del credito attraverso il procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, nessuna disposizione del diritto nazionale può pregiudicarne la posizione nel successivo procedimento civile. 4. Il passaggio al procedimento civile ai sensi del paragrafo 1, lettere a) e b), è disciplinato dalla legge dello Stato membro d'origine. 5. Il ricorrente è informato

Unite concerna il vecchio testo dell'[art. 17](#)[3], regolamento n. 1896 del 2006, la soluzione accolta dalle S.U., è ragionevolmente destinata a restare ferma anche nell'ottica del testo novato.

La pronuncia prevede che il giudice cui è comunicata la presentazione dell'opposizione da parte dell'ingiunto, fissi «un termine per il creditore invitandolo ad introdurre la tutela secondo la disciplina processuale civile ordinaria italiana, con lo strumento idoneo in virtù alla natura della situazione giuridica creditoria azionata». Il termine così fissato è espressamente ricondotto all'[art. 307, c.p.c.](#): esso ha, dunque, natura perentoria e destina il procedimento avviato con l'ingiunzione Ue all'estinzione in caso di suo mancato rispetto.

Si tratta di una soluzione che lascia aperta qualche perplessità ove letta con riferimento alle indicazioni del considerando n. 24, peraltro richiamato dalla pronuncia, il quale prevede che l'opposizione «dovrebbe interrompere il procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e determinare il trasferimento automatico del caso ad un procedimento civile ordinario».

Si tratta di un «automatismo» che nel tenore del considerando parrebbe suscettibile di essere interrotto solo dalla richiesta del creditore di non proseguire col giudizio in caso di opposizione e la continuità della fase procedimen-

tale di opposizione rispetto a quella monitoria, parrebbe anche essere l'opzione accolta dal tenore letterale del testo originario dell'[art. 17](#), il cui primo comma indica che «il procedimento prosegue dinanzi ai giudici competenti dello Stato membro d'origine applicando le norme di procedura civile ordinaria».

La scelta di gravare il creditore della introduzione della tutela secondo le norme processuali interne, pone, invece, automaticamente nel nulla l'ingiunzione Ue, producendo un effetto che non pare giustificato neanche dalla matrice monitoria pura dell'istituto, la quale implica che la promozione dell'opposizione privi l'ingiunzione di qualunque efficacia, o attitudine all'efficacia[4]. Normalmente nei casi in cui il procedimento ingiuntivo è improntato a siffatto modello, la proposizione dell'opposizione rende l'ingiunzione una particolare modalità di introduzione dell'istanza, cui segue lo sviluppo delle attività processuali secondo la scansione che il giudice stabilirà[5].

Le formalità che conducono all'emissione dell'ingiunzione Ue sono costituite dalla compilazione del modulo dedicato il quale, pur nella sua essenzialità, integra, a parere di chi scrive, un'attività di allegazione sufficiente a individuare la domanda creditoria, atteso che, tra le varie informazioni da offrire, il modulo prevede anche quelle concernenti la fonte del credito, il suo ammontare, gli interes-

dell'eventuale opposizione presentata dal convenuto e dell'eventuale passaggio al procedimento civile ai sensi del paragrafo 1.»

[3] Il testo originario dell'[art. 17](#) dispone: «1. Se l'opposizione è presentata entro il termine stabilito all'[articolo 16](#), paragrafo 2, il procedimento prosegue dinanzi ai giudici competenti dello Stato membro d'origine applicando le norme di procedura civile ordinaria, a meno che il ricorrente non abbia esplicitamente richiesto in tal caso l'estinzione del procedimento./Qualora il ricorrente abbia perseguito il recupero del credito attraverso la procedura d'ingiunzione di pagamento europea, nessuna disposizione del diritto nazionale può pregiudicare la sua posizione nel successivo procedimento civile ordinario. /2. Il passaggio al procedimento civile ordinario ai sensi del paragrafo 1 è disciplinato dalla legge dello Stato membro d'origine. /3. Il ricorrente è informato dell'eventuale opposizione presentata dal convenuto e dell'eventuale passaggio al procedimento civile ordinario.»

[4] Si ricorda che la dottrina tradizionale italiana distingue due modelli che trovano la loro origine nel *mandatum de solvendo sine causa cognitione*, rappresentati dal procedimento monitorio puro e da quello documentale. Secondo il primo modello è sufficiente che i fatti siano affermati senza alcuna prova a loro fondamento; il provvedimento, emesso in assenza di contraddittorio, è sospensivamente condizionato alla mancata opposizione del debitore che, se effettuata, priva il provvedimento di qualunque efficacia se non quella di costituire una forma particolare di atto introduttivo del giudizio, inidoneo ad acquisire efficacia esecutiva nel corso del processo. Possono essere annoverati a questa tradizione la *procédure d'injonction de payer* francese, sia pure con rivisitazioni originali. Il procedimento monitorio documentale, al contrario, è fondato su una prova particolarmente attendibile del credito, quella documentale, che giustifica la circostanza che il provvedimento sia risolutivamente condizionato all'accoglimento dell'opposizione proposta del debitore e suscettibile di acquistare forza esecutiva nel corso del processo. Appartengono a questo modello il *Mandatsverfahren* di cui all'art. 548 ss. della ZPO austriaca. In tal senso insegna Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 551 e V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, vol. IV, 1. L'espressione *procedimento monitorio puro* si deve a P. Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, 9, oggi anche in *Opere giuridiche*, vol. IX, Napoli, 1983, 3 ss. Per osservazioni sull'ingiunzione francese: R. Perrot, *Il procedimento per ingiunzione*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1986, 715; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 285; Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., 254.

[5] Offre un esempio di questo tipo l'*injonction de payer* francese, sulla quale mi permetto di richiamare C. Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Giappichelli, 2005, p. 254 ss.

si applicabili. Nulla, invece, è dato conoscere delle ragioni che sostengono l'opposizione del preteso debitore.

Una soluzione improntata a un maggior equilibrio tra le parti e più in linea con l'automatismo che parrebbe voluto dal legislatore Ue, avrebbe, a mio avviso, potuto distribuire tra ricorrente e opponente gli oneri di instaurazione del procedimento di cognizione, semplicemen-

te prevedendo la fissazione da parte del giudice informato dell'opposizione, di un termine, o di un'udienza di comparizione, valevole per entrambe le parti, funzionale al completamento e alla formulazione delle rispettive allegazioni e domande, anziché porre l'onere di avvio del giudizio (possibilmente a rito semplificato) esclusivamente a carico del creditore.

ORDINAMENTO FORENSE

Il contratto d'opera intellettuale eseguito da soggetto non iscritto all'albo degli avvocati: conseguenze di natura sostanziale e processuale

di Massimiliano Bina

DELL'1 AGOSTO 2019

Sommario

1. La funzione sociale dell'avvocato e la necessità dell'iscrizione all'albo
2. Le conseguenze sostanziali del contratto di prestazione d'opera eseguito da un soggetto non iscritto all'albo degli avvocati
3. Segue: le conseguenze processuali
4. Segue: la procura rilasciata all'Avocat
5. Conclusioni

1. La funzione sociale dell'avvocato e la necessità dell'iscrizione all'albo

Con il presente scritto si vuole offrire uno scorcio sul tema della prestazione d'opera intellettuale svolta da chi non è iscritto all'albo, con particolare riferimento alla figura dell'avvocato. La questione rileva sia sotto il profilo sostanziale, con riguardo al rapporto giuridico tra il professionista e il cliente; sia sotto quello processuale, in relazione alla rappresentanza in giudizio.

La prestazione d'opera intellettuale, disciplinata dal libro V del codice civile, è inquadrata nella categoria del lavoro autonomo[1] e, in taluni casi[2], tale prestazione può essere resa solo da un soggetto iscritto ad un albo[3]. Tale necessità, tipica delle professioni storicamente liberali[4], evidenzia la notevole importanza sociale dell'avvocato. La [Legge Forense del 27 novembre 1933](#) già riconosceva alla professione legale, ai sensi dell'[art. 12, primo comma](#)[5], una funzione fondamentale nell'amministra-

[1] Cfr., per tutti, Assanti C., *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in *Tratt. dir. priv.*, P. Rescigno, 15, Torino, 2001, 839 e ss.

[2] V. [art. 2, comma 5°, l. 247/2012](#): “Sono attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali”; [comma 6°](#): “Fuori dei casi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati”.

[3] La [l. 247/2012](#) dispone, all'[art. 2, comma 3°](#), che “l'iscrizione a un albo circondariale è condizione per l'esercizio della professione di avvocato”; all'[art. 2, comma 7°](#), che “l'uso del titolo di avvocato spetta esclusivamente a coloro che siano o siano stati iscritti a un albo circondariale nonché agli avvocati dello Stato”. L'[art. 17, co. 1](#), invece, elenca i requisiti necessari per l'iscrizione all'albo: “a) essere cittadino italiano o di Stato appartenente all'Unione europea, salvo quanto previsto dal [comma 2](#) per gli stranieri cittadini di uno Stato non appartenente all'Unione europea; b) avere superato l'esame di abilitazione; c) avere il domicilio professionale nel circondario del tribunale ove ha sede il consiglio dell'ordine; d) godere del pieno esercizio dei diritti civili; e) non trovarsi in una delle condizioni di incompatibilità di cui all'[articolo 18](#); f) non essere sottoposto ad esecuzione di pene detentive, di misure cautelari o interdittive; g) non avere riportato condanne per i reati di cui all'[articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale](#) e per quelli previsti dagli articoli [372](#), [373](#), [374](#), [374-bis](#), [377](#), [377-bis](#), [380](#) e [381](#) del codice penale; h) essere di condotta irreprensibile secondo i canoni previsti dal codice deontologico forense”.

[4] Assanti C., *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, cit., 844.

[5] L'[art. 12, primo comma, R.D. 1578/1933](#) prevedeva che “gli avvocati debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia”.

zione della giustizia, poiché l'avvocato consente al cittadino di esercitare un diritto fondamentale di libertà, quale è il diritto di azione e di difesa, favorendo da un lato il contatto umano, che si instaura tra l'avvocato e le parti e, dall'altro lato, realizzando la giustizia nei rapporti della vita sociale^[6]. La riforma della [legge professionale del 2012](#) ha riaffermato i predetti principi, rafforzandoli^[7], e il Consiglio Nazionale Forense, in vista dell'entrata in vigore nel 2014 del nuovo codice deontologico forense, ha valorizzato la tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione^[8]. Si comprende, pertanto, come per lo Stato sia necessario assicurare “l'idoneità professionale degli iscritti onde garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi sui quali essa incide”, così come stabilito dall'[art. 1, comma 2, lett. a\) della Legge Professionale n. 247 del 2012](#), imponendo l'obbligo di iscrizione all'albo, per chi intende prestare i servizi tipici dell'avvocato e sanzionando l'inosservanza dell'obbligo sul piano penale, potendosi configurare il reato di esercizio abusivo della professione *ex art. 348 c.p.*^[9], e su quello civile, con la previsione della nullità del contratto d'opera intellettuale tra professionista e cliente, ai sensi dell'[art. 2231 c.c.](#)

2. Le conseguenze sostanziali del contratto di prestazione d'opera eseguito da un soggetto non iscritto all'albo degli avvocati

Il contratto di prestazione d'opera intellettuale è un negozio di scambio^[10] in cui il professionista esegue la pre-

stazione verso un corrispettivo pattuito con il cliente. Dal momento che nell'ambito della professione forense rileva il diritto costituzionalmente garantito di adire il giudice al fine di ottenere la tutela dei diritti, tale contratto subisce un'inflexione da parte dell'interesse pubblico a che la prestazione sia svolta con uno standard minimo di professionalità che, in astratto, viene garantito dal fatto che il professionista sia iscritto all'albo degli avvocati.

Al tal fine l'[art. 2231 c.c.](#) prevede al primo comma che il professionista, se ha eseguito una certa attività per la quale era condizione necessaria l'iscrizione all'albo, ed al momento dell'esecuzione della prestazione l'iscrizione difettava, non ha azione per esigere il compenso. Tale *denegatio actionis*, che secondo autorevole dottrina avrebbe la natura di una sanzione civile indiretta^[11], colpisce solo le singole attività per cui l'iscrizione all'albo costituisca condizione necessaria per il loro legittimo esercizio. Con particolare riguardo alla figura dell'avvocato occorre allora delineare il perimetro di applicazione dell'[art. 2231 c.c.](#) e, quindi, individuare quali attività siano di sua competenza esclusiva e quali possano essere svolte anche da un professionista non iscritto all'albo.

Per giurisprudenza consolidata si è soliti distinguere tra attività giudiziale e stragiudiziale. Quest'ultima deve essere svolta in modo esclusivo dall'avvocato se connessa all'attività giurisdizionale, e se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato (cfr. *art. 3, comma 6°, l. n. 247/2012*). In altre parole, l'attività che si svolge al di fuo-

[6] Gianniti P., *I principi di deontologia forense*, Padova, 1992, 5.

[7] Cfr. [art. 1, comma 2°, l. n. 247/2012](#): “L'ordinamento forense, stante la specificità della funzione difensiva e in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta: a) regola l'organizzazione e l'esercizio della professione di avvocato e, nell'interesse pubblico, assicura la idoneità professionale degli iscritti onde garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi sui quali essa incide; b) garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti; c) tutela l'affidamento della collettività e della clientela, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale”; [art. 3, comma 2°, l. n. 247/2012](#): “La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza”. V., altresì, [art. 2, comma 2°, l. n. 247/2012](#), per il quale “l'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti”.

[8] Cfr. la relazione illustrativa al nuovo codice deontologico nel 2014 disponibile su <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/40227/Relazione+illustrativa+al+Nuevo+Codice+Deontologico+Forense/daff5665-a9df-4693-95f4-b0d1ff32120f>.

[9] Cass. 22 novembre 2018, n. 52619, secondo cui sussiste il reato di esercizio abusivo della professione quando vengono compiuti atti senza il titolo di avvocato, anche se vengono posti in essere occasionalmente e gratuitamente, nel caso in cui tali atti siano di competenza esclusiva della professione forense.

[10] Assanti C., *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, cit., 849.

[11] Galgano F., *alla ricerca delle sanzioni civili indirette, premesse generali*, in *contr. e impr.*, 1987, 536, in Albanese A., *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *contr. e impr.*, 2006, 1, 226. Secondo Galgano sarebbe una sanzione civile in quanto “non è posta a tutela dell'interesse del cliente, ma a tutela di interessi generali, se si vuole di interessi corporativi, degli interessi della categoria professionale, che l'ordinamento giuridico mostra di avere fatto propri”.

ri dei Tribunali, come la consulenza legale, la redazione di pareri, l'assistenza per la redazione dei contratti e tutta l'attività negoziale per cui non sia doveroso l'intervento di un giudice può essere svolta anche da soggetti non iscritti all'albo. L'attività giudiziale, invece, è sempre riservata all'avvocato iscritto ed ha ad oggetto l'attività giurisdizionale complessivamente intesa, come la rappresentanza, l'assistenza o la difesa della parte in giudizio[12]. In realtà, occorre precisare che tale distinzione non è così netta, in quanto la giurisprudenza di legittimità, ancor prima della [legge professionale del 2012](#), aveva rilevato che anche nell'ambito dell'attività stragiudiziale la consulenza legale propedeutica o strettamente connessa al giudizio rientrerebbe nell'attività di competenza esclusiva dell'avvocato[13].

Delineato il perimetro di applicazione dell'[art. 2231 c.c.](#) con riferimento alla figura dell'avvocato, occorre analizzare il fondamento giuridico della c.d. *denegatio actionis*. La norma, infatti, prevede come conseguenza la non

esigibilità del diritto al compenso, ma non fa alcun cenno al tipo di invalidità. Al riguardo, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che il contratto d'opera intellettuale eseguito da chi non sia iscritto all'albo sia affetto da nullità, ma le opinioni differiscono riguardo la fonte della nullità: si dice che il contratto è invalido per illiceità della causa[14] o dell'oggetto[15]; o per violazione della norma imperativa di cui all'[art. 348 c.p.](#)[16]; o, ancora, per difetto della capacità giuridica speciale derivante dalla mancata iscrizione all'albo[17].

Più di recente, la giurisprudenza di legittimità, partendo dal presupposto che l'[art. 2231 c.c.](#) non qualifica espressamente il tipo di vizio, ritiene che il contratto sia viziato da una nullità virtuale ai sensi dell'[art. 1418, comma 1°, c.c.](#) data dal combinato disposto degli artt. 2231 e 2229 c.c.[18]. La nullità virtuale, infatti, rende invalidi quei contratti il cui contenuto è vietato dalla legge: nella disamina dell'[art. 2231 c.c.](#) ciò che sarebbe vietato non sarebbe tanto il contratto d'opera in sé ma so-

[12] Cfr. Cass. 20 luglio 1999, n. 8286 "è da considerarsi prestazione giudiziale anche l'attività svolta dal difensore per la conclusione di una transazione che ponga termine alla lite (come, appunto, nella specie), ancorché la transazione stessa abbia luogo non sotto forma di conciliazione davanti al giudice, ma mediante negozio extra processuale: trattasi, infatti, di attività strettamente dipendente dal mandato, complementare allo svolgimento di attività propriamente processuale (cfr. sentenze nn. 7275/91, 9381/91)"; Cass. 8 agosto 1997, n. 7359 "la prestazione di opera intellettuale nell'ambito dell'assistenza legale è riservata agli iscritti negli albi forensi solo nei limiti della rappresentanza, assistenza e difesa delle parti in giudizio e comunque di diretta collaborazione con il giudice nell'ambito del processo (cfr. [Cass. 5906/87](#); [Cass. 1929/76](#); [Cass. 3971/75](#) etc.). Al di fuori di tali limiti, l'attività di assistenza e consulenza legale, sia che si svolga mediante il compito di atti difensivi o di semplici pareri, sia pure che comporti contatti con l'altra parte e tentativi di componimento stragiudiziale, non può considerarsi riservata agli iscritti all'albo degli avvocati e procuratori legali e conseguentemente, non rientra nella previsione dell'[art. 2231 c.c.](#), dando diritto a compenso in favore di colui che la esercita".

[13] Cass. 13 aprile 2001, n. 5566 secondo cui "ai fini dell'applicazione delle disposizioni della legge professionale forense 13 giugno 1942 n. 1794, sono da considerarsi prestazioni giudiziali non soltanto quelle che consistono nel compimento di veri e propri atti processuali, ma anche quelle attività che si svolgano al di fuori del processo, purché strettamente dipendenti da un mandato relativo alla difesa e rappresentanza in giudizio, cosicché possano ritenersi come preordinate allo svolgimento di attività propriamente processuali o ad esse complementari. Rientra pertanto fra le prestazioni giudiziali l'attività svolta dal difensore di una parte in giudizio, per la conclusione di una transazione che ponga termine alla lite, ancorché la transazione stessa abbia luogo non sotto forma di conciliazione davanti al giudice, ma mediante negozio extraprocessuale, quale che sia la sua rilevanza economica (si vedano, tra le tante, le sentenze di questa Corte, Sez. II, 3 luglio 1991 n. 7275, e 18 marzo 1999 n. 2471)".

[14] Carnelutti F., Nullità del contratto di patrocinio per difetto di titolo professionale, in *Riv. dir. proc.*, 1953, 513, in Rabitti M., *Cause di nullità del contratto*, Dei contratti in generale, Commentario al codice civile diretto da Gabrielli, vol. III, Utet, 2012, 566.

[15] Melfi R., Sulle nullità del contratto d'opera per difetto di titolo professionale, in *Riv. dir. lav.*, 1952, 259, in Rabitti M., *Cause di nullità del contratto*, cit., 566.

[16] Lega C., Le libere professioni intellettuali nella legge e nella giurisprudenza, Milano, 1974, 555, in Rabitti M., *Cause di nullità del contratto*, cit., 566.

[17] Rabitti M., *Cause di nullità del contratto*, cit., 566 e 567.

[18] Cass., 28 marzo 2019, n. 8683, secondo cui "l'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge dà luogo, ai sensi degli artt. 1418 e 2231 c.c., a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, privando il contratto di qualsiasi effetto, con la conseguenza che il professionista non iscritto all'albo o che non sia munito nemmeno della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente, non ha alcuna azione per il pagamento della retribuzione".

lo quello che ha ad oggetto una prestazione eseguita da chi non è iscritto all'albo e, quindi, vietata dalla legge^[19]. Dopo aver posto l'accento sul fatto che l'[art. 2231 c.c.](#) sanziona con la nullità il contratto d'opera intellettuale eseguito da chi non è iscritto all'albo, occorre sottolineare come tale nullità sia rilevabile d'ufficio ai sensi dell'[art. 1421 c.c.](#) A tal proposito, si ritiene doveroso segnalare l'estensione della rilevabilità officiosa della nullità del contratto d'opera professionale, non solo quando viene proposta una domanda di esatto adempimento, ma anche quando viene proposta una domanda di risarcimento per il danno causato dal professionista non iscritto all'albo^[20].

Oltre alla c.d. *denegatio actionis*, occorre chiedersi quali siano i corollari del principio applicabili all'ipotesi di esecuzione della prestazione posta in essere da un soggetto non iscritto all'albo, quando l'iscrizione è condizione necessaria per la validità del contratto: (i) la possibilità per il cliente di agire in ripetizione, quando abbia già pagato la prestazione e (ii) la possibilità per il professionista di pretendere il rimborso delle spese sostenute per l'espletamento del mandato.

Sul primo aspetto, e cioè sulla possibilità per il cliente di agire in ripetizione dell'indebito una volta eseguito il pagamento, si sono fronteggiate due tesi: la prima nega tale possibilità, in quanto il pagamento spontaneo sarebbe un'obbligazione naturale di un dovere morale^[21]. Questa

impostazione è tuttavia criticata dall'orientamento maggioritario in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui qualificare il pagamento del compenso da parte del cliente come un'obbligazione naturale si porrebbe in contrasto con l'interesse pubblico di disincentivare la conclusione di contratti il cui contenuto è vietato dalla legge^[22].

Per quanto riguarda, invece, la possibilità per il professionista di esigere il rimborso delle spese sostenute con l'azione di arricchimento ingiustificato ai sensi dell'[art. 2041 c.c.](#), si rilevano due posizioni contrapposte. Per una tesi, sarebbe ben possibile ottenere in rimborso in virtù del principio generale del divieto di arricchimento ingiustificato ex [art. 2041 c.c.](#) in favore del cliente^[23]. Per la teoria prevalente, ribadita di recente da Cass. 28 marzo 2019 n. 8683, non sarebbe possibile azionare l'[art. 2041 c.c.](#) Se infatti la ratio dell'[art. 2231 c.c.](#) è quella di privare di tutela il professionista che abbia agito senza averne i requisiti previsti dalla legge, non è possibile riconoscere, anche in omaggio al principio di auto responsabilità, una qualche forma di efficacia indiretta del contratto mediante il rimedio dell'ingiustificato arricchimento^[24].

3. Segue: le conseguenze processuali

I profili processuali del contratto di prestazione d'opera intellettuale in assenza di iscrizione all'albo degli avvocati rilevano quando il professionista deve svolgere l'attività di rappresentanza, assistenza o difesa della par-

[19] Il divieto di legge nella stipulazione di tali contratti si desume anche dal fatto che al professionista d'opera intellettuale che abbia eseguito la prestazione in assenza di iscrizione all'albo non è possibile applicare in via analogica l'[art. 2126 c.c.](#), che riconosce una retribuzione per la prestazione di fatto al lavoratore subordinato. In tal senso, sia consentito il richiamo ad Albanese A., *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit.

[20] Prima SS.UU. n. 26242/2014, il rilievo d'ufficio della nullità previsto dall'[art. 1421 c.c.](#) veniva limitato dal principio della domanda ex [art. 99 c.p.c.](#) e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex [art. 112 c.p.c.](#) In particolare, per la giurisprudenza maggioritaria, il giudice poteva rilevare la nullità d'ufficio solo in presenza di una domanda di esatto adempimento, che presupponeva logicamente la "non nullità" del contratto oggetto di causa. Nel 2014 le Sezioni unite hanno esteso la rilevabilità officiosa a tutte impugnative negoziali, compresa la domanda di risoluzione, di annullamento o di rescissione, sul rilievo che in tutti tali casi la pronuncia del giudice presuppone la "non nullità" del contratto. La giurisprudenza successiva ha poi esteso la rilevabilità d'ufficio della nullità anche nei processi in cui l'attore ha proposto una domanda di risarcimento del danno cagionato dal professionista non iscritto all'albo, su cui v. Cass. 26 giugno 2015, n. 13307. Per un'analisi più approfondita del tema si veda Pellegrini T., *Contratto in genere – responsabilità del professionista non iscritto all'albo: l'onda lunga delle sezioni unite sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 11, 1463.

[21] Assanti C., *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, cit., 850; Pret. Torino, 16 marzo 1996, in *Gius.*, 1996, 1544, citato nella nota 27) di Albanese A., *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit.

[22] Bargelli E., *Prestazioni professionali effettuate indebitamente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2007, parte seconda, 461.

[23] Albanese A. *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit. L'autore analizza la possibilità di applicare l'[art. 2041 c.c.](#) richiamando la giurisprudenza sull'agente di commercio (Cass., sez. lav., 13 novembre 1991, n. 12093, in *Mass. Giust. Civ.* 1991, fasc. 11).

[24] Albanese A., *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit.; Bargelli E., *Prestazioni professionali effettuate indebitamente*, cit., 461.

te in giudizio. L'avvocato può esercitare lo *ius postulandi* quando è iscritto all'albo e quando sia munito di un'apposita procura alle liti ex [art. 83 c.p.c.](#)[25], in forza della quale il difensore ha il potere di compiere atti di natura processuale in nome e per conto della parte che assiste in giudizio[26].

Nell'eventualità in cui manchi uno di questi requisiti si verifica un difetto di rappresentanza processuale che, a seconda dei casi, può essere sanabile o meno. Se l'avvocato è regolarmente iscritto all'albo, ma agisce senza che la procura gli sia stata rilasciata o con una procura rilasciata da un cliente diverso da quello che andrebbe rappresentato, la procura si considera inesistente e gli effetti dell'attività compiuta non si producono nella sfera giuridica della parte assistita[27]. L'avvocato, pertanto, sta in giudizio personalmente ed è condannato a pagare le spese legali[28]. Se invece agisce in giudizio con una procura validamente conferita, ma che non risulta agli atti oppure con una procura che non è stata depositata in giudizio anche se è stata rilasciata nei termini, la giurisprudenza di legittimità applica l'[art. 182, comma 2°, c.p.c.](#), come riformato dalla [L. 69/2009](#), consentendo al difensore di sanare con efficacia *ex tunc* il difetto mediante l'allegazione della procura entro un termine perentorio[29].

Se invece l'avvocato non è iscritto all'albo, ma allo stesso è stata conferita la procura alle liti, si verifica un difetto di rappresentanza non sanabile ai sensi dell'[art. 182, comma 2°, c.p.c.](#) A differenza delle ipotesi viste in precedenza, ove l'avvocato è regolarmente iscritto all'albo in questa ipotesi manca il presupposto originario per la validità del negozio e, di conseguenza, per la valida costituzione del rapporto processuale. In questi casi, si ritiene che l'[art. 182 c.p.c.](#) non possa trovare applicazione poiché la rappresentanza processuale è affetta da una nullità assoluta ed in-

sanabile, con la conseguenza che tutti gli atti compiuti in giudizio sono nulli[30].

Tale principio è stato ribadito dalla sentenza della Cass. [29 febbraio 2016, n. 3917](#) per l'ipotesi del praticante avvocato che aveva sottoscritto un atto d'appello senza essere abilitato[31]. Nel caso in esame era stata anche sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'[art. 182, comma 2°, c.p.c.](#) in relazione all'[art. 24 della Costituzione](#), nella parte in cui non consentirebbe la sanatoria anche in caso di difetto originario di rappresentanza. I giudici della Suprema Corte, tuttavia, hanno ritenuto irrilevante la questione perché in tal caso il difetto trae origine dalla norma imperativa che vieta di rappresentare in giudizio una parte senza essere iscritto all'albo.

Lo stesso è stato ribadito anche per l'ipotesi in cui il ricorso per cassazione viene sottoscritto dall'avvocato non cassazionista. Anche in tal caso l'iscrizione all'albo dei cassazionisti ha natura costitutiva per l'esercizio dello *ius postulandi* in Cassazione, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso medesimo[32].

In tutti questi casi, il giudice che ha accertato l'inesistenza dello *ius postulandi* non ha previsto anche la condanna alle spese legali del professionista ai sensi dell'[art. 94 c.p.c.](#) La ragione potrebbe essere ravvisata nel fatto che l'[art. 94 c.p.c.](#) riguarda solo coloro che hanno la rappresentanza legale o volontaria nel processo come parti sostanziali[33] e non anche all'avvocato che avendo la rappresentanza tecnica agisce come parte in senso formale. Nell'ipotesi in cui l'avvocato agisca in giudizio senza alcuna procura, o con una procura rilasciata da un cliente diverso da quello che andrebbe rappresentato, difetterebbe la rappresentanza sostanziale e l'avvocato starebbe in giudizio personalmente, aspetto che giustifica la condanna al pagamento delle spese legali. Nell'ipotesi in cui inve-

[25] Nicita S., *Il difetto di procura nel sistema processuale civile attuale*, in [www.eclegal.it](#), edizione del 30 maggio 2017, 1.

[26] Nappi P., sub *art. 83*, in *Commentario codice di procedura civile*, dir. da C.Consolo, ed.VI, tomo II, Milano 2018.

[27] Nicita S., *Il difetto di procura nel sistema processuale civile attuale*, cit., 1 e 2.

[28] Cass. 16 maggio 2018 n. 11930; Nicita S., *Il difetto di procura nel sistema processuale civile attuale*, cit., 1.

[29] Cass., SS.UU., [22 dicembre 2011, n. 28337](#); Nicita S., *Il difetto di procura nel sistema processuale civile attuale*, cit., 2.

[30] Nicita S., *Il difetto di procura nel sistema processuale civile attuale*, cit., 4.

[31] La sentenza applica la disciplina del tirocinio forense di cui all'art. 8 del R.D. n. 1587/1933 vigente al momento della proposizione dell'appello da parte del praticante, secondo il quale al primo comma si stabilisce "*I laureati in giurisprudenza che siano praticanti procuratori sono ammessi ad esercitare, per un periodo di tempo non superiore a quattro anni dalla laurea, il patrocinio davanti alle preture del distretto della corte d'appello e sezioni distaccate, nel quale sono iscritti per la pratica, comprese quelle dei comuni sedi di tribunale o capoluoghi di provincia*".

[32] Cass., 31 ottobre 2012 n. 42491 secondo cui l'iscrizione all'albo speciale dei cassazionisti dopo la presentazione del ricorso non può sanare retroattivamente il difetto dello *ius postulandi*.

[33] Satta, Punzi, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, 124; Nappi P., *op.cit.*, 906 ss.; Corte cost., 30 novembre 2011, n. 405.

ce l'avvocato agisca in giudizio senza essere iscritto all'albo, verrebbe meno lo *ius postulandi* e non già la rappresentanza sostanziale.

4. Segue: la procura rilasciata all'Avocat

Questione più controversa riguarda il caso degli *avocat* che esercitano in Italia. Questi ultimi rientrano nella categoria degli avvocati stabiliti^[34], professionisti che ottengono il titolo di avvocato in un paese dell'Unione Europea – nel caso di specie la Romania – con il quale possono esercitare il diritto di stabilimento in forza del [D. Lgs. n. 96 del 2001](#) che ha dato attuazione della Direttiva 98/5/CE.

La normativa italiana prevede che tali professionisti siano iscritti in un doppio albo: quello del paese di origine e quello italiano. In tale contesto era dibattuta da anni la questione relativa alla legittimità della loro iscrizione nell'albo speciale degli avvocati quando il titolo professionale fosse rilasciato da UNBER – “*Struttura Bota*”. In particolare, nel 2013 il Consiglio Nazionale Forense ha precisato con una nota che l'unica istituzione indicata dalla Romania come competente a rilasciare il titolo di avvocato è la *Uniunea Nationala a Barourilor di Romania* (U.N.B.R.) e non già la UNBER – “*Struttura Bota*”. Da qui, il CNF ha comunicato a tutti i Consigli dell'Ordine degli avvocati circondariali di respingere le domande di iscrizione di Avocat, con titolo rilasciato UNBER – “*Struttura Bota*”, nella Sezione speciale Avvocati stabiliti; e di provvedere alla cancellazione delle iscrizioni già effettuate^[35].

L'occasione per la giurisprudenza di affrontare la questione si è posta in seguito all'impugnazione di un provvedimento generalizzato ai sensi dell'[art. 17 della Legge Professionale n. 247 del 2012](#) emesso dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Caltagirone attraverso il quale ha provveduto alla cancellazione d'ufficio di tutti gli *Avocat*. La Cassazione a Sezioni Unite con sentenza del 7 febbraio 2019 n. 3706 ha confermato la legittimità del provvedimento di cancellazione degli *avocat*: la Direttiva 98/5/CE stabilisce di non ostacolare l'esercizio della professione forense in uno Stato membro diverso da quello in cui è stato acquisito il titolo di abilitazione, ma non anche quello di disciplinare l'accesso alla professione in tale Stato, trattandosi di una scelta riservata agli organi legislativi di quest'ultimo.

La cancellazione d'ufficio, che operando a causa dell'assenza di uno dei requisiti necessari per l'iscrizione all'albo, quale il conseguimento del titolo di avvocato da un ente accreditato nel paese straniero, dovrebbe travolgere tutti gli atti processuali già compiuti dagli *avocat*, ha efficacia *ex nunc*. Riconoscere efficacia retroattiva a tale provvedimento, infatti, causerebbe una grave lesione alla sfera giuridica delle parti difese in giudizio dagli *avocat*. Per tutelare il diritto di difesa delle parti e l'interesse pubblico al corretto esercizio della professione forense è necessario che il provvedimento di cancellazione produca effetti *ex nunc*, mantenendo validi ed efficaci tutte le attività processuali compiute dagli *avocat* prima del provvedimento di cancellazione dall'albo.

5. Conclusioni

L'importanza del ruolo sociale dell'avvocato determina la previsione di alcune prerogative che hanno lo scopo di dare piena attuazione al diritto di difesa e di adire il giudice per la tutela dei diritti. Con riguardo al contratto avente ad oggetto una prestazione per cui l'iscrizione all'albo degli Avvocati è posta come condizione necessaria, l'ordinamento sanziona tale negozio con una nullità assoluta e insanabile, non ammettendo alcuna azione contrattuale o quasi-contrattuale. L'ordinamento, infatti, non può consentire alcuna proliferazione di contratti che eludono la normativa: l'idoneità professionale, assicurata dall'iscrizione all'albo, è volta a tutelare l'esercizio del diritto fondamentale di difesa e non ammette deroghe.

Con riferimento al profilo processuale, la mancata iscrizione all'albo da parte dell'avvocato non consente l'esercizio dello *ius postulandi*, con la conseguenza che tutti gli atti giuridici eventualmente compiuti sono invalidi e inefficaci *ex tunc* e comportano una chiusura in rito del processo. Nel caso in cui tuttavia lo *ius postulandi* sia stato esercitato in forza di regolare iscrizione ma sia venuto meno a causa della cancellazione anche d'ufficio dall'albo, gli atti giuridici compiuti prima della cancellazione rimangono validi ed efficaci, anche se questa è avvenuta per l'accertamento della mancanza di un requisito originario per l'iscrizione all'albo, non potendo il diritto di difesa delle parti costituite in giudizio subire limitazioni di sorta.

[34] Per un'analisi più approfondita sul tema degli avvocati stabiliti si veda *Aventaggiato V., Avvocato stabilito ed obbligo d'intesa con l'omologo italiano*, in *La Nuova Procedura Civile* diretta da Luigi Viola.

[35] Nota n. 20 – C – 2013 del CNF in www.consiglionazionaleforense.it

ONERE DELLA PROVA E ADEGUATEZZA DELL'INVESTIMENTO NELLA PRESTAZIONE DI SERVIZI FINANZIARI

Allocazione dell'onere probatorio nel giudizio di verifica dell'adeguatezza dell'investimento nella prestazione di servizi finanziari

(Commento a Cass. civ., Sez. I, sentenza 5 febbraio 2019, n. 3335)

di Sara Corradi

DEL 7 AGOSTO 2019

Sommario

1. Il caso.
2. Obblighi informativi nell'ambito della conclusione del contratto relativo ai servizi di negoziazione, sottoscrizione e collocamento di ordini di valori mobiliari e giudizio di adeguatezza dell'investimento.
3. Allegazione della carenza di informazioni nel giudizio di adeguatezza e allocazione dell'onere probatorio.

1. Il caso.

Con sentenza emessa in data 24 luglio 2007 il Tribunale di Parma ha pronunciato la risoluzione del contratto relativo ai servizi di negoziazione e collocamento di ordini di valori mobiliari stipulato il 24 aprile 1996 fra i Signori A e B e la Banca X per mancato rispetto degli obblighi informativi di cui agli artt. 17 e 18 D. Lgs. n. 415 del 1996 e art. 21 del D. Lgs. 58 del 1998, il Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria (d'ora in avanti "t.u.f.") da parte di quest'ultima e ha condannato la banca al risarcimento danni.

La Banca X ha proposto impugnazione innanzi alla Corte d'Appello di Bologna che ha accolto le ragioni dell'appellante asserendo che gli attori erano investitori esperti e decidevano in piena autonomia l'acquisto dei titoli per telefono; inoltre, se era vero che, all'atto della stipula del contratto-quadro, la banca non aveva acquisito formalmente informazioni sulla situazione finanziaria del cliente – in applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. d), efficace *ratione temporis* –, ed era altrettanto vero che tali informazioni erano già state acquisite dalla Banca in ragione della pregressa operatività del Signor A, il quale pacificamente operava an-

che nei confronti della Signora B; da quanto esposto derivava che non poteva attribuirsi rilievo neppure al mancato adeguamento del contratto-quadro alle norme dei D.Lgs. n. 415 del 1996 e del t.u.f., e del Regolamento Consob n. 11522 del 1 luglio 1998 (d'ora in avanti "Regolamento 11522") in relazione alla omessa assunzione delle predette informazioni; il Signor A era perfettamente a conoscenza dei rischi connessi agli investimenti in questione per la sua specifica esperienza. I Signori A e B hanno proposto ricorso in Cassazione lamentando la violazione degli artt. 17 del D. Lgs. 415 del 1996 e 21 del t.u.f. in tema di diligenza, correttezza e di adeguata informazione dei clienti nonché degli artt. 18 del D. Lgs. 415 del 1996 e dell'art. 23 del t.u.f. in tema di onere della prova.

2. Obblighi informativi nell'ambito della conclusione del contratto relativo ai servizi di negoziazione, sottoscrizione e collocamento di ordini di valori mobiliari e giudizio di adeguatezza dell'investimento.

La sentenza che in questa sede si commenta (Cass. civ., Sez. I, sentenza 5 febbraio 2019, n. 3335) ha ad oggetto un

contratto relativo a servizi di negoziazione, sottoscrizione e collocamento di ordini di valori mobiliari.

Tale contratto prevede anzitutto la stipulazione di un accordo cosiddetto “quadro” – per cui è prescritta la forma scritta a pena di nullità secondo quanto previsto dall'[art. 18 del D. Lgs. 415 del 1996](#) applicabile *ratione temporis* – poi seguito da una serie di ordini di negoziazione intercorrenti fra cliente ed intermediario[1].

Nell'ambito di tale contratto e, più in generale, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento – secondo quanto dispone l'[art. 17 del D. Lgs. 415 del 1996](#)[2] – gli intermediari sono tenuti al rispetto di una serie di doveri fra cui l'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati nonché l'obbligo di acquisire le informazioni necessarie dagli investitori e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; sui soggetti abilitati grava altresì l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta ([art. 18, comma 6, D. Lgs. 415 del 1996](#))[3].

La disciplina concernente i servizi di investimento e, segnatamente, le regole di comportamento degli intermediari finanziari sono volte a garantire quanto più possibile la trasparenza dell'investimento tramite il bilanciamento delle asimmetrie informative cosicché l'investitore sia messo nelle condizioni di compiere scelte consapevoli[4]. La Suprema Corte, nella sentenza che qui si commenta, ripercorre brevemente i principi consolidati in ordine alla natura, al contenuto e all'onere della prova relativi agli obblighi informativi gravanti sull'intermediario, richiamando un orientamento costante della Cassazione secondo cui

“gli obblighi informativi devono essere assolti in modo specifico per qualsiasi tipologia di investimento finanziario...e devono essere alla base di ogni scelta d'investimento”[5].

Con riguardo alle operazioni che vengono classificate dall'intermediario come non adeguate nel sistema normativo vigente *ratione temporis*[6] – continua la Suprema Corte – *“oltre all'obbligatorietà dell'ordine scritto deve esserci anche la preventiva informazione specifica sull'investimento da eseguire, scattando [...] l'onere della banca di darne la prova puntuale a fronte dell'allegazione da parte dell'investitore della sua mancanza”*.

La Corte prosegue statuendo che costituisce obbligo endocontrattuale dell'intermediario l'acquisizione di informazioni sul cliente che siano idonee a consentire di delineare un profilo soggettivo dello stesso che ne evidenzia le potenzialità economiche e patrimoniali e la conseguente propensione all'investimento e al rischio. In ogni caso, l'accertamento della propensione al rischio del cliente non elimina l'obbligo informativo ma lo conforma in modo biunivoco con la finalità di realizzare un investimento consapevole da parte dell'investitore.

3. Allegazione della carenza di informazioni nel giudizio di adeguatezza e allocazione dell'onere probatorio.

Nella sentenza che qui si commenta (Cass. civ., Sez. I, sentenza [5 febbraio 2019, n. 3335](#)) gli attori hanno lamentato il mancato assolvimento da parte dell'intermediario dell'obbligo di fornire informazioni idonee a compiere scelte di investimento consapevoli.

Come già fatto cenno nel paragrafo precedente nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svol-

[1] Per un approfondimento in tema di contratto quadro e successivi ordini di negoziazione si veda Houben, *Gestione di portafogli di investimento e dovere di diversificazione: violazioni degli obblighi comportamentali e onere probatorio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, II, 165 ss.

[2] Applicabile *ratione temporis*, oggi troverebbe applicazione l'[art. 21 t.u.f.](#) e il relativo regolamento attuativo, il [Regolamento Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018](#).

[3] Oggi sostituito dall'[art. 23, comma 6, t.u.f.](#)

[4] Per una ricognizione generale della finalità ultima degli oneri informativi si veda Purpura, *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli intermediari: un “moderno” approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa post Mifid*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, I, 609 ss.

[5] Si vedano le considerazioni della Corte relativamente al primo motivo di impugnazione.

[6] Si allude alla disciplina introdotta dal [Regolamento 11522 che, all'art. 29](#) regolava il trattamento delle operazioni non adeguate. Nel caso di operazione non adeguata per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione alle caratteristiche dell'investitore gravava sugli intermediari autorizzati un generale dovere di astensione; nel momento in cui l'intermediario riceveva da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, era tenuto ad informarlo di tale circostanza e delle ragioni per cui non era opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intendesse comunque dare corso all'operazione l'intermediario poteva eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto, ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui venisse fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

gimento dei servizi di investimento l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta è posto a carico dell'intermediario[7].

Risolto dalle Sezioni Unite il contrasto concernente il rimedio applicabile in caso di violazione del contratto di investimento nel senso dall'applicabilità della regola di responsabilità[8], l'investitore che lamenta la violazione di una regola di comportamento da parte dell'intermediario sarà tenuto a provare: la condotta inadempiente del prestatore del servizio di investimento, il danno da lui subito e il nesso causale fra condotta dell'intermediario e danno[9].

Nella specifica ipotesi di operazione inadeguata al profilo di rischio dell'investitore occorre compiere un'ulteriore precisazione.

Nel caso di investimento non adeguato al profilo di rischio dell'investitore e in assenza di espresso consenso scritto rilasciato dal cliente che, nonostante l'informativa ricevuta intenda comunque proseguire nell'investimento[10], l'intermediario avrebbe il dovere di astenersi; nel caso di inottemperanza a tale dovere l'investitore non sarà in questi casi esonerato dalla prova dell'inadempimento ma in sede processuale potrà limitarsi ad una mera allegazione[11]. Sul punto, infatti, la Suprema Corte sulla base di un consolidato orientamento afferma che *“l'allegazione della carenza di informazioni incidenti sul grado di rischiosità del prodotto o dell'investimento da parte dell'investitore determina per l'intermediario l'onere di provare di aver assolto all'obbligo informativo di cui si denuncia la mancan-*

za o comunque di aver prospettato concretamente il grado di rischio effettivo dell'investimento all'investitore anche mediante prove orali” sottolineando altresì come *“il profilo soggettivo del cliente e la sua propensione al rischio non possono determinare la legittimità dell'elusione dell'assolvimento dell'obbligo informativo”*.

Nel caso concreto i giudici di legittimità hanno escluso l'inadempimento dell'intermediario ritenendo raggiunta la prova che gli investimenti oggetto di causa erano stati dettati dalla conoscenza effettiva da parte degli investitori delle variabili che ne esprimevano la rischiosità.

Tale consapevolezza – secondo la Corte – deriva da una serie di elementi probatori fra cui: a) il fatto che gli investitori avessero già acquistato obbligazioni argentine nel settembre 1997 per rilevanti somme per poi rivenderli a distanza di pochi mesi nonché nel febbraio del 2008 con successiva vendita a febbraio 2009; b) il fatto che nei fissati bollati trasmessi ai ricorrenti dopo l'esecuzione degli ordini telefonici era indicato che si trattava di operazioni rischiose[12]; c) l'esistenza di frequenti operazioni speculative di acquisto-vendita effettuate anche nell'arco di pochi giorni per rilevanti somme di denaro unitamente alle testimonianze acquisite secondo le quali il Signor A fu avvisato del rischio relativo al mantenimento in portafogli di *bonds* argentini oltre alla testimonianza che lo stesso ricorrente nel momento in cui iniziarono i ribassi delle relative quotazioni era intenzionato ad incrementare l'investimento in tali titoli nonostante il parere discordante del funzionario bancario.

[7] Sottolinea Houben, *Op. cit.*, 165 ss. come *«tale norma se da un lato conferma i principi generali appena esposti [in tema di onere della prova, n.d.r.] dall'altra ne prende le distanze, prestandosi ad abusi: l'estensione indiscriminata dell'inversione dell'onere probatorio infatti risulta eccessiva, incentivando azioni pretestuose dei risparmiatori ogniquale volta l'investimento si sia rivelato svantaggioso»*.

[8] Nella nota stagione del “risparmio tradito” tanto la giurisprudenza quanto la dottrina si sono divise circa l'individuazione del rimedio applicabile; da un lato vi era infatti chi propendeva per il rimedio invalidatorio chi invece per quello risarcitorio. È stata Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 a risolvere il contrasto propendendo per l'applicabilità del rimedio risarcitorio; per una generale idea sul dibattito dottrinale si vedano Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni ed un elogio dei giudici*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, 347 ss.; Galgano, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 2008, I, 1 ss.; Gobbo, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, II, 356 ss.; Bove, *Le violazioni delle regole di condotta degli intermediari finanziari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, II, 143 ss.

[9] *Ex multis* si veda Cass. Civ., sez. I, 17 febbraio 2009, n. 3773.

[10] Sul punto si veda altresì Par. 2.

[11] Dovendo comunque dare prova del danno e del nesso di causalità anche per presunzioni. Si veda sul punto approfonditamente sempre Cass. Civ., sez. I, 17 febbraio 2009, n. 3773.

[12] Precisa la sentenza nella sua parte motiva che *«Sul punto, è significativo che il giudice d'appello abbia evidenziato che, se era vero che tali “fissati bollati” erano stati consegnati dopo l'esecuzione dell'ordine, era altrettanto vero che il Signor A aveva continuato ad effettuare acquisti di obbligazioni argentine, conservandoli in portafoglio, anche dopo aver appreso, attraverso l'avvertimento contenuto nel primo “fissato bollato”, del rischio connesso alle stesse operazioni»*.

PROVA DELLA SIMULAZIONE

La prova da parte dell'erede della simulazione realizzata dal *de cuius*

di Pier Paolo Muià e Sara Brazzini

DEL 14 AGOSTO 2019

Sommario

1. Introduzione: la prova della simulazione in generale
2. La posizione degli eredi
3. Il caso dell'erede legittimario che agisce per la riduzione della donazione dissimulata
4. Considerazioni conclusive

Una delle principali problematiche in materia di azione di simulazione esercitata dall'erede è se il medesimo debba considerarsi parte o terzo rispetto all'accordo simulatorio posto in essere dal *de cuius*. Dalla soluzione di tale questione discendono, infatti, importanti conseguenze dal punto di vista probatorio: se l'erede viene ritenuto parte, potrà provare la simulazione soltanto mediante la produzione della controdi chiarazione, salvo ipotesi eccezionali; se, invece, l'erede viene considerato terzo rispetto all'accordo simulatorio, nel relativo giudizio sarà ammissibile senza limiti la prova testimoniale e per presunzioni. La giurisprudenza di legittimità, anche con le recenti Sentenze del [7 gennaio 2019, n. 125](#) e del [12 aprile 2019, n. 10345](#), ha ribadito in proposito il principio in virtù del quale l'erede legittimario che chieda l'accertamento della simulazione di una vendita fatta dal *de cuius* celante una donazione deve considerarsi terzo rispetto alle parti contraenti, solo allorquando, contestualmente proponga una domanda di riduzione della donazione dissimulata.

1. Introduzione: la prova della simulazione in generale

Come noto, il regime della prova della simulazione è diverso a seconda che la simulazione sia fatta valere dai ter-

zi o dalle parti stesse dell'accordo simulatorio: se, infatti, la domanda di simulazione è proposta da terzi o da creditori non esistono limitazioni in ordine alla prova per testi e per presunzioni; al contrario, se la domanda è proposta da una delle parti, la dimostrazione della simulazione incontra limiti assai stringenti, in quanto esse hanno la possibilità e l'onere di munirsi della controdi chiarazione, quale documento in cui esprimono le proprie reali intenzioni, e salvo che la prova sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato a norma dell'[art. 1417 c.c.](#)^[1] e salve le eccezioni espressamente previste dalla legge.

È opportuno precisare che l'[art. 1417 c.c.](#) prevede l'ammissibilità della prova per testi quando la domanda di simulazione è appunto finalizzata a far valere l'illiceità del contratto dissimulato, ovvero a far accertare la conseguente invalidità/nullità del negozio dissimulato, non anche quando è diretta proprio ad accertare la sussistenza – e conseguentemente – la validità del negozio dissimulato, ovvero del contratto realmente voluto dalle parti^[2].

Quanto alle eccezioni previste dalla legge, occorre distinguere tra simulazione assoluta e relativa.

Nel primo caso, infatti, l'accordo simulatorio, pur rien-

[1] Sull'argomento in generale, cfr. Bianchi, *Vizi del contratto e simulazione*, 2007, Padova, pagg. 883 e ss.; Ludovici, *I contratti in generale*, 2018, Milano, pagg. 256 e ss.; Sacco, De Nova, *Il contratto*, 2016, Milano, pagg. 631 e ss.

[2] La Suprema Corte ha espressamente chiarito che: “La stipulazione del contratto di appalto avvenuta, secondo la prospettazione di uno dei contraenti, per dissimulare un rapporto di lavoro, al fine di eludere gli obblighi che da questo derivano, in virtù di norme imperative, a carico del datore di lavoro, non può inter partes, essere provata per testimoni a norma dell'ultima parte dell'[art. 1417 c.c.](#); in tal caso, infatti, la prova orale è diretta a far valere non l'illiceità del contratto sottostante, come richiesto dalla disposizione citata, ma proprio la validità e l'efficacia di esso e la correlativa nullità del contratto simulato...” (Cass. Civ., [05.11.1983, n. 6549](#), in *Mass. Giur. It.*, 1983).

trando tra i patti per i quali si applica il divieto di cui all'art. 2722 c.c., non rientra tra gli atti per i quali è richiesta la forma scritta *“ad substantiam”* o *“ad probationem”*, citati dall'art. 2725 c.c., in quanto ha natura ricognitiva dell'inesistenza del contratto apparentemente stipulato. Conseguentemente, in tal caso, la prova testimoniale è ammissibile in tutte e tre le ipotesi contemplate dall'art. 2724 c.c., ovvero: (i) quando vi è un principio di prova per iscritto; (ii) quando il soggetto era nell'impossibilità materiale o morale di procurarsi la prova scritta; (iii) quando ha perduto senza colpa il documento.

Nel caso di simulazione relativa, riguardante un contratto per il quale sia prevista la forma scritta *“ad substantiam”* o *“ad probationem”*, invece, la prova per testi, essendo finalizzata a dimostrare l'esistenza del negozio dissimulato, è ammessa soltanto nell'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 2724 c.c., cioè quando il contraente ha senza colpa perduto il documento[3].

Salve le suddette ipotesi eccezionali, l'unica prova ammissibile della simulazione tra le parti è dunque rappresentata dalla controdedichiarazione scritta delle parti stesse.

Sul punto la giurisprudenza è pacifica da molti anni: ***“In tema di simulazione, qualora il contratto simulato sia stato concluso per iscritto e tale forma sia richiesta a pena di invalidità (nullità ai sensi dell'art. 1350 c.c.), la prova dell'accordo simulatorio, traducendosi nella dimostrazione del negozio dissimulato, deve essere fornita con la produzione in giudizio dell'atto contenente la controdedichiarazione, sottoscritta dalle parti o comunque dalla parte contro la quale è esibita”***[4].

Tale principio trova applicazione anche nell'ipotesi di simulazione per interposizione fittizia, che, ad esempio nel

caso di compravendita di immobile, si ha quando la proprietà del bene viene simultaneamente intestata a persona diversa dall'effettivo acquirente, con la partecipazione del venditore, il quale è consapevole che il vero compratore è un terzo, nei cui confronti assume diritti ed obblighi. Invero, la Suprema Corte ha in proposito affermato che anche la prova della interposizione fittizia, come tale compresa nelle ipotesi di simulazione relativa, è soggetta alle limitazioni di cui all'art. 1417 c.c., nel senso che l'accordo simulatorio deve essere provato con atto scritto, se fatto valere nei rapporti tra le parti, mentre può essere provato mediante testimoni o presunzioni soltanto se viene fatto valere da terzi o da creditori delle parti[5].

2. La posizione degli eredi

Fermo restando quanto evidenziato al paragrafo che precede, una delle questioni interpretative maggiormente discusse è stata quella relativa alla disciplina da applicarsi agli eredi del *de cuius* partecipe dell'accordo simulatorio, ovvero se essi debbano essere ritenuti terzi, come tali svincolati dai limiti probatori previsti per le parti, oppure, se invece debbano soggiacere a dette limitazioni probatorie. La soluzione adottata in giurisprudenza è stata quella di parificare la posizione degli eredi a quella delle parti, in quanto essi subentrano nella posizione giuridica del *de cuius* e sono dunque soggetti alle stesse limitazioni cui sarebbe stato soggetto quest'ultimo.

Sul punto, la giurisprudenza ha affermato che: ***“La prova della simulazione di un contratto solenne, stipulato da un soggetto poi deceduto, da parte degli eredi al medesimo succeduti a titolo universale, ed allo scopo di far ricomprendere l'immobile tra i beni facenti parte dell'asse ereditario, sog-***

[3] Cass. Civ., Sez. II, 04.05.2007, n. 10240, in *Contratti*, 2007, 8-9, 794.

[4] Cass. Civ., 28.05.2007, n. 12487, in *CED Cassazione*, 2007; conforme *ex multis* Cass. Civ., Sez. II, 09.06.2006, n. 13459, in *Contratti*, 2007, 2, 123. Sul tema della controdedichiarazione, cfr. in dottrina, Brizzolari, *Forma delle controdedichiarazioni e prova della simulazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 12, 1663.

[5] Cass. Civ., Sez. VI – 2, 02.07.2015, n. 13634, in *CED Cassazione*, 2015. Conforme Cass. Civ., Sez. VI – 2, 02.10.2014, n. 20857, in *Notariato*, 2014, 6, 636. Con tale pronuncia, la Suprema Corte ha ribadito che ***“In caso di simulazione relativa riguardante un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta ad substantiam, la prova dell'accordo simulatorio, traducendosi nella dimostrazione del negozio dissimulato, deve essere data, ai sensi dell'art. 2725 c.c., mediante atto scritto, cioè con un documento contenente la controdedichiarazione sottoscritta dalle parti, e comunque dalla parte contro la quale esso sia fatto valere in giudizio, con salvezza della prova testimoniale nella sola ipotesi, prevista dall'art. 2724, n. 3, c.c., di perdita incolpevole del documento. Pertanto, nell'ipotesi di compravendita immobiliare simulata per interposizione fittizia dell'acquirente, il compratore effettivo, quale parte dell'accordo simulatorio e del contratto dissimulato, ove intenda avvalersi di quest'ultimo, deve soggiacere al regime probatorio previsto dall'art. 1417 c.c. e, quindi, provare per iscritto l'accordo simulatorio, senza potersi giovare di una prova orale, in forza della deroga ex art. 2724, n. 2, c.c. (impossibilità morale o materiale per il contraente di procurarsi una prova scritta), in quanto tale deroga è inapplicabile a termini dell'art. 2725 c.c. nei casi come la compravendita immobiliare, nei quali sia richiesta la forma scritta non solo a pena di nullità, ma anche ai fini probatori”***. Nella giurisprudenza di merito, *ex multis* cfr. App. Milano, 14.01.2016, in *Banca Dati Pluris Online*.

giace a tutte le limitazioni previste dalla legge in ordine alla prova della simulazione tra le parti. Ed infatti, gli eredi, versando nelle stesse condizioni del de cuius, non possono legittimamente dirsi "terzi" rispetto al negozio, con la conseguenza che deve escludersi a tal fine la prova per testimoni, per presunzioni ed a mezzo di interrogatorio formale diretto a provocare la confessione della controparte"[6].

In particolare, la Suprema Corte, con la pronuncia [n. 10592 del 2012](#), nel ribadire che nel caso di simulazione relativa per interposizione fittizia di persona riguardante un contratto per il quale sia necessaria la forma scritta ad substantiam, nella controversia tra acquirente apparente e compratore effettivo, la prova della simulazione può essere data di regola soltanto mediante la produzione in giudizio della controdi-chiarazione, sottoscritta dall'acquirente dissimulato, dall'interposto e dall'altro contraente, o comunque, dalle parti contro le quali è esibita, e che le limitazioni alla facoltà di prova della simulazione, previste per i contraenti, non operano nei confronti dei terzi e dei creditori, ha ribadito che ai fini della prova della simulazione la nozione di terzo comprende tutti coloro che non hanno partecipato all'accordo simulatorio, con la conseguenza che ne restano esclusi i contraenti ed i loro successori a titolo universale, mentre vi rientrano, di regola, i successori a titolo particolare dei contraenti stessi[7].

Anche la giurisprudenza di merito ha fatto proprio tale consolidato orientamento della Suprema Corte, ritenendo onerati gli eredi succeduti a titolo universale di fornire la prova della simulazione di un contratto solenne, stipulato dal soggetto deceduto, non può essere fornita per testimoni o presunzioni, in quanto gli eredi si trovano nella stessa condizione del *de cuius*[8].

3. Il caso dell'erede legittimario che agisce per la riduzione della donazione dissimulata

Dalle ipotesi di cui al paragrafo che precede deve essere tenuto, invece, distinto il caso dell'erede che agisce in

qualità di legittimario per far accertare la simulazione di un atto, generalmente una compravendita, celante una liberalità effettuata dal medesimo *de cuius*, oggetto di domanda di riduzione per lesione di legittima.

In tale fattispecie, la giurisprudenza esclude, infatti, che l'erede debba soggiacere alle limitazioni probatorie, consentendo al medesimo in via eccezionale di provare per testimoni o presunzioni la simulazione realizzata dal *de cuius*.

In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto non applicabili i suddetti limiti di prova, nel caso di domanda di simulazione di una vendita compiuta dal *de cuius* in quanto celante una donazione, avanzata dall'erede legittimario contestualmente ad una domanda di riduzione della donazione dissimulata per lesione della quota di legittima.

In tal caso, infatti, secondo gli ermellini, la lesione della quota di riserva assurge a *causa petendi*, accanto al fatto della simulazione, e condiziona l'esercizio del diritto alla reintegra della legittima[9].

In altre parole, si ritiene che solo la spendita della qualità di legittimario e la strumentalità dell'azione di simulazione al contemporaneo esperimento dell'azione di riduzione della donazione dissimulata consentono all'erede di poter evitare i limiti probatori previsti dalla legge per la parte (ovvero i suoi successori universali) del negozio simulato[10].

Tale orientamento ha trovato conferma anche nelle decisioni più recenti.

In particolare, si segnalano le sentenze del [7 gennaio 2019, n. 125](#)[11] e del [12 aprile 2019, n. 10345](#)[12], con le quali la Suprema Corte ha ribadito che **l'erede legittimario che agisce per ottenere la dichiarazione di simulazione di una vendita fatta dal *de cuius*, diretta a dissimulare una donazione, agisce per la tutela di un proprio diritto ed è dunque terzo rispetto alle parti contraenti, sicché la prova testimoniale e per presunzioni è ammissibile senza limitazioni, allorquando egli**

[6] Cass. Civ., Sez. II, 05.11.2012, n. 18902, in *Notariato*, 2013, 1, 12; conformi Cass. Civ., Sez. II, [24.03.2006, n. 6632](#), in *Contratti*, 2006, 12, 1100; Cass. Civ., 22.05.2017, n. 12854, in *Banca Dati Pluris Online*; Cass. Civ., Sez. II, 27.10.2015, n. 21850, in *Banca Dati Pluris Online*.

[7] Cass. Civ., Sez. II, [25.06.2012, n. 10592](#), in *Foro It.*, 2013, 2, 1, 593.

[8] App. Firenze, Sez. I, 14.06.2016, in *Banca Dati Pluris Online*; conformi Trib. Genova, Sez. I, 12.08.2009, in *Banca Dati Pluris Online*; Trib. Lamezia Terme, 09.07.2009, in *Banca Dati Pluris Online*; App. Roma, Sez. III, 18.09.2007, in *Banca Dati Pluris Online*.

[9] Cass. Civ., Sez. II, 27.02.2012, n. 2968, in *Banca Dati Pluris Online*.

[10] Cass. Civ., Sez. VI – 2, [11.01.2018, n. 536](#), in *Banca Dati Pluris Online*. In dottrina, cfr. Barba, *Azione di simulazione proposta dai legittimari*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, 6, 435; De Belvis, *Il legittimario in riduzione e la prova della simulazione degli atti compiuti in vita dal de cuius*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 2, 206.

[11] Cass. Civ., Sez. II, [07.01.2019, n. 125](#), in *Banca Dati Pluris Online*.

[12] Cass. Civ., Sez. II, [12.04.2019, n. 10345](#), in *Banca Dati Pluris Online*.

proponga, contestualmente all'azione di simulazione, la domanda di riduzione della donazione dissimulata.

In altre parole, i giudici di legittimità hanno riaffermato che solo l'erede legittimario che agisce in riduzione è terzo rispetto al negozio asseritamente simulato, sicché nel relativo giudizio la prova testimoniale e per presunzioni è consentita senza limiti.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra illustrato, l'erede legittimario si trova in una posizione assai delicata ed è chiamato a fare particolare attenzione nel momento in cui decide di agire giudizialmente per la dichiarazione di simulazione di un atto compiuto dal *de cuius*.

Invero, nel caso in cui la simulazione abbia comportato la lesione della legittima, l'erede legittimario potrà far valere la simulazione con ogni mezzo, esercitando contestualmente l'azione di riduzione; se, invece, la simulazione non ha comportato alcuna lesione di legittima, sarà difficile per l'erede interessato provare la simulazione realizzata dal *de cuius* al fine di far acquisire alla massa ereditaria un determinato bene, in quanto occorre che egli sia in possesso della controdedichiarazione. Tuttavia, se l'intenzione del *de cuius* era proprio quella di privare l'erede di una parte del proprio patrimonio, è assai improbabile che abbia lasciato un documento scritto, quale appunto la controdedichiarazione, da cui risulti la simulazione.

COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

La difesa tecnica nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento a cavallo tra la L. n. 3 del 2012 e il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

DEL 21 AGOSTO 2019

Sommario

Premessa

1. Breve inquadramento normativo e finalità della legge
2. La difesa tecnica alla prova della legge n. 3/2012 e del Codice della crisi di impresa. Una lettura "formale" dei provvedimenti giurisprudenziali formatisi sul tema
3. Difesa tecnica obbligatoria o necessaria? Una lettura "sostanziale" della giurisprudenza sul tema e un'ipotesi di soluzione univoca
4. Conclusioni

Premessa

Il presente contributo mira a delineare i contorni della *vetata quaestio* relativa all'obbligatorietà o meno della difesa tecnica nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento disciplinate dalla [L. n. 3/2012](#) e, a decorrere dal 15 agosto 2020, dal [Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza](#). Il presente lavoro propone una duplice lettura, formale e sostanziale, dei provvedimenti giurisprudenziali e dei contributi dottrinali allo stato esistenti, suggerendo, attraverso una lettura sostanziale degli stessi, una soluzione alla questione, che possa rappresentare una soluzione equa, che contemperi due contrapposte esigenze entrambe tutelate dall'ordinamento. Nelle conclusioni del presente lavoro, si svolge una breve riflessione in cui si auspica un'ulteriore modifica del [Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza](#) nella parte relativa alla difesa tecnica.

1. Breve inquadramento normativo e finalità della legge

Prima di esaminare la tematica oggetto del presente contributo, appare utile, a chi scrive, ripercorrere a brevi cenni la cornice normativa che allo stato delinea e che in un arco temporale di medio periodo delinea nelle coraggiose prospettive riformistiche del legislatore, salvo ovviamente eventuali ulteriori modifiche del testo normativo,

la materia della composizione delle crisi da sovraindebitamento nel nostro ordinamento giuridico, scrupolosamente indicando e con forza evidenziando le finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione e con la disciplina di tali procedure rimediali.

Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (nella specie, l'accordo di composizione della crisi, il piano del consumatore e la liquidazione del patrimonio) sono attualmente disciplinate dalla [Legge, 27 gennaio 2012, n. 3](#), come integrata e modificata dal [Decreto legge, 18 ottobre 2012, n. 179](#) (convertito con modificazioni dalla [Legge, 17 dicembre 2012, n. 221](#)) e dal [Decreto Legge, 27 giugno 2015, n. 83](#) (convertito con modificazioni dalla [Legge, 6 agosto 2015, n. 132](#)). *Medio tempore*, il Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico e il Ministro dell'Economia e delle Finanze, con proprio decreto, [24 settembre 2014, n. 202](#), ha adottato il regolamento recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento, ai sensi dell'[art. 15 della L. n. 3/2012](#) succ. mod. integr.

Consapevole delle criticità e della farraginosità del testo licenziato nel 2012, che ha determinato una scarsa e non sempre corretta applicazione dell'istituto, il legislatore ha, di recente, approvato ed il Presidente della Repubblica

promulgato la **Legge Delega, 19 ottobre 2017, n. 155, con il cui art. 9** è stata conferita la delega al Governo per una riforma organica della disciplina delle crisi da sovraindebitamento. In attuazione della delega legislativa, il Governo ha adottato ed il Presidente della Repubblica emanato il **D.lgs., 12 gennaio 2019, n. 14**, recante il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, i cui precetti normativi entreranno in vigore, tuttavia, per espressa previsione normativa (cfr. **art. 389, co. 1, del novellato codice**), solo il 15 agosto 2020.

Che la materia del sovraindebitamento possa essere ulteriormente ed ancora riformata lo si può desumere dal fatto che, ancor più recentemente, il legislatore ha approvato la **Legge Delega, 8 marzo 2019, n. 20**, con la quale ha conferito delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive del **Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza**.

Non si può, pertanto, affermare con assoluta certezza che la materia del sovraindebitamento resti ancorata in un'ottica prospettica alle disposizioni contenute nel testo del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, così come licenziato dal **d.lgs. n. 14/2019**.

Del tutto chiare e finanche granitiche appaiono, al contrario, le finalità perseguite dal legislatore, sia a legge vigente che in costanza di riforma, attraverso l'introduzione e la disciplina delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento nel nostro ordinamento giuridico. La prima finalità, secondo la più attenta dottrina, può essere individuata, anche in considerazione dell'attuale *sedes materiae* all'interno della quale sono collocate le procedure, nell'esigenza di *"offrire a chi sia incappato nell'usura una concreta possibilità di uscire dal cappio dello strozzinaggio"*.

La **legge n. 3/2012**, tuttavia, sempre secondo la medesima dottrina, persegue anche un'ulteriore pregevole finalità: *"attraverso l'esdebitazione ed il fresh start (la ripartenza o seconda possibilità, già caldeggiata dalla Commissione Europea con la sua raccomandazione del 12 marzo 2014), liberando dal gravoso peso dei debiti dei soggetti economicamente azzerati (anche e soprattutto dal punto di vista dell'economia nazionale, poiché non producono alcun reddito o producono un reddito non dichiarato o di mera sus-*

sistenza), la legge mira a favorire la ripresa economica nazionale con la rimessa in moto alla luce del sole di nuove attività produttive con risultati indiscutibili macroeconomici, se si pensa che gli USA (dal 1984 con il Bankruptcy Act – Chapters 7 e 13) e la Germania (ove si contano 100.000 esdebitazioni l'anno), Paesi con economie nazionali tra le più forti del mondo, non lesinano certo nell'esdebitare i loro sovraindebitati. Ottenuta l'esdebitazione, infatti, è altamente probabile che la persona, ormai liberata del suo fardello, anche sul piano psicologico, riprenda o inizi un'attività economica palese produttiva di reddito, che metterà in moto a sua volta nuove iniziative (contratti, mutui, assunzioni, e così via), producendo ulteriori utilità economiche a livello locale. Proviamo a moltiplicare il risultato per i diversi milioni di sovra indebitati che esistono oggi in Italia, o almeno per buona parte di essi (non tutti inizieranno una nuova attività dopo l'esdebitazione) e capiremo la portata attesa del fenomeno. Gli effetti globali si faranno sentire senz'altro anche a livello macroeconomico: ecco a cosa serve la legge!"[1].

Senza dimenticare un importante scopo di natura processuale, segnalato dalla giurisprudenza: quello di *"far diminuire il numero delle procedure esecutive in funzione del miglior funzionamento del settore giustizia"*[2].

2. La difesa tecnica alla prova della legge n. 3/2012 e del Codice della crisi di impresa. Una lettura "formale" dei provvedimenti giurisprudenziali formati sul tema

Delineato il quadro normativo di riferimento e chiariti altresì i pregevoli intenti del legislatore, ci si può ora attentamente soffermare sul tema oggetto del presente contributo: la questione relativa all'obbligatorietà o meno della difesa tecnica nell'ambito delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

In via del tutto preliminare, prima di entrare nel vivo dell'analisi della questione oggetto del presente lavoro, non si può che sposare l'impostazione dottrinale[3], propria anche di una parte della giurisprudenza di merito[4], che, nell'affrontare il tema, opera una distinzione tra la fase di accesso all'organismo di composizione della crisi (consistente nella richiesta di nomina di un professionista facente le funzioni di occ ovvero nella richiesta

[1] Limitone, *Crisi d'impresa – Le novità del Codice*, del febbraio 2019, pubblicato da Il Sole 24 Ore, pp. 70 e 71;

[2] Trib. Torino, 8 giugno 2016, in <http://www.tribunale.torino.giustizia.it/it/Content/Index/43974>;

[3] Battaglia, *La crisi da sovraindebitamento nella giurisprudenza: lo stato dell'arte*, in *Il Fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, segnalazione del 21 novembre 2018, pubblicato su www.altalex.it;

[4] Trib. Massa, 28 gennaio 2016, in www.ilcaso.it;

di nomina di un “gestore della crisi” avanzata al Referente di un occ costituito) e quella successiva di deposito della proposta di piano, accordo o domanda di liquidazione del patrimonio.

Con riferimento alla prima fase, quella di accesso all'occ, pur nel silenzio della legge, giurisprudenza e dottrina unanimemente ritengono che l'assistenza tecnica del difensore non sia obbligatoria, bensì solo facoltativa. Il debitore può, pertanto, chiedere la nomina giudiziale di un professionista facente funzioni di occ o la nomina al Referente di un organismo costituito sul territorio di un gestore della crisi, personalmente o con il ministero di un difensore. Peraltro, questo sia sotto la vigenza dell'attuale [L. n. 3/2012](#) che, salvo modifiche, sotto la futura vigenza del [codice della crisi di impresa e dell'insolvenza](#)[5].

La questione appare critica con riferimento alla seconda fase, relativamente alla quale il dibattito è tutt'altro che chiuso e univocamente definito.

Con riferimento a questa seconda fase, dall'analisi delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali in materia, ci si sente anzi tutto di poter affermare che la questione posta all'attenzione degli operatori ed ai professionisti del settore appare particolarmente critica, oltre che di non pronta e rapida, ovvero univoca, soluzione e cela, al suo interno, una problematica, che va al di là di una mera ed apparente questione di natura squisitamente processuale.

Che la questione appaia particolarmente critica lo dimostra il fatto che, nel silenzio del legislatore del 2012, si sono sviluppati, sul tema, tre orientamenti giurisprudenziali[6], all'interno di uno dei quali si sono sviluppati due ulteriori differenti orientamenti di merito, sempre di matrice giurisprudenziale[7]. Certamente, il fatto che *in subiecta materia* si sia a più riprese affermata l'inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione [ex art. 111, co. 7, Cost.](#)[8], non agevola gli interpreti nell'affrontare con soluzione univoca e armonica la questione, mancando la necessaria funzione nomofilattica ed impedendo l'e-

spressione da parte della Suprema Corte di Cassazione di un principio di diritto, che potrebbe definitivamente suggerire una soluzione unica alla tematica in esame. Ma la questione, anche alla luce di un attento esame della giurisprudenza formatasi in materia, appare connaturata e caratterizzata da una problematica differente e, finanche, più profonda ed articolata rispetto alla semplice *vexata quaestio*, relativa all'impossibilità di poter beneficiare di un univoco, definito e definitivo orientamento di legittimità sul tema. Come già detto, tuttavia, la criticità non riguarda solo l'attuale disciplina, ma anche la disciplina futura, confluita nel recentemente approvato [codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza](#). Ed infatti, il dibattito sul tema ha interessato di riflesso anche il legislatore delegato, il quale, se in un primo momento aveva optato, per le ragioni che nel prosieguo si esporranno con maggior dettaglio, per inserire nella bozza del testo del codice la non obbligatorietà e necessità della difesa tecnica in tutte e tre le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (nella specie, il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, il concordato minore e la liquidazione controllata del sovraindebitato), in fase di definitiva approvazione, dietro specifica richiesta delle competenti commissioni parlamentari, ha ritenuto di dover escludere l'obbligatorietà della difesa tecnica solo ed esclusivamente per le due procedure di piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e di liquidazione controllata del sovraindebitato, rendendola per contro necessaria per la procedura di concordato minore. Ora, è ben evidente che se la problematica fosse stata e fosse tutt'ora di rapida e di pronta soluzione, da un lato, non si sarebbe assistito ad una modifica così incisiva della bozza della riforma approvata e, dall'altro, non si sarebbe avvertita la necessità di intraprendere una scelta differente a seconda della procedura intrapresa dal debitore in stato di sovraindebitamento.

Ora, al fine di poter comprendere al meglio gli aspetti cri-

[5] Il [codice della crisi](#) pone quale unica differenza, rispetto all'attuale disciplina, il fatto che, in presenza di un organismo di composizione della crisi costituito sul territorio, il debitore ricorrente non potrà più chiedere la nomina giudiziale del professionista facente funzioni di occ (cfr. artt. 68 quanto al piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e 76 quanto al concordato minore; cfr. [art. 269](#) quanto alla procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato);

[6] Per il primo dei tre orientamenti, cfr. Trib. Pistoia, 17 novembre 2014, in [www.ilcaso.it](#); per il secondo orientamento, cfr. sul punto Trib. Massa, 28 gennaio 2016, in [www.ilcaso.it](#) e *conf.* Trib. Mantova, 12 luglio 2018, in [www.ilcaso.it](#); per il terzo orientamento, cfr. Trib. Vicenza, 29 aprile 2014, in [www.ilcaso.it](#) e in senso *conf.* Trib. Teramo, 1 ottobre 2018, in [www.ilcaso.it](#);

[7] Per il primo sotto-orientamento, cfr. Trib. Mantova, 12 luglio 2018, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Teramo, 1 ottobre 2018, in [www.ilcaso.it](#); per il secondo sotto-orientamento, cfr. Trib. Livorno, 22 luglio 2017, in [www.ilcaso.it](#);

[8] Cracolici e Curletti, *Ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, della Costituzione. Ammissibile nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento?*, in [AulaCivile.it](#), 26.02.2019;

tici della problematica in questione, occorre, in primo luogo, ripercorrere gli orientamenti giurisprudenziali, venuti a svilupparsi sotto la vigenza della [L. n. 3/2012](#), la quale, in ordine all'obbligatorietà o meno della difesa tecnica, come già anticipato, nulla dice sul punto.

Gli orientamenti giurisprudenziali, occorre dirlo, si prestano, ad avviso di chi scrive, ad una doppia e differenziale lettura. Una prima lettura, di natura puramente formale, che consente di delineare, seppur lasciando ancora qualche interrogativo irrisolto, le contrapposte linee di pensiero con una certa e sufficiente chiarezza. Una seconda lettura, di natura sostanziale, in un certo senso preferibile, che consente di "suggerire" all'interprete, al termine dell'analisi, una soluzione in un certo senso equa e, finanche, univoca e armonica alla questione, tale da contemporaneamente contrapporre esigenti tutte comunque pienamente tutelate dall'ordinamento.

La lettura "formale" dei cinque e più rilevanti provvedimenti giurisprudenziali di merito sul tema, mancando come detto un univoco provvedimento di legittimità, consente all'interprete di individuare e classificare tre diversi orientamenti.

Il primo orientamento, facente capo al [Tribunale di Pistoia](#)^[9], ritiene che l'assistenza tecnica nell'ambito delle procedure in esame sia solo ed esclusivamente frutto di una "scelta" "legittima" del debitore ricorrente. Una "scelta", puntualizza il [Tribunale di Pistoia](#), in quanto trattasi di una modalità procedurale che si discosta dal modello normativo previsto dalla [L. n. 3 del 2012](#), modello in forza del quale *"il debitore che voglia accedere a tale procedura può limitarsi a chiedere la nomina di un professionista che svolga le funzioni di O.C.C. ed aspettare che quest'ultimo predisponga la proposta di accordo e l'attestazione di fattibilità"*; una scelta altresì "legittima", in quanto il testé delineato modello normativo previsto dalla [L. n. 3 del 2012](#) "non pare cogente sul punto". Nel silenzio della legge, pertanto, nulla impone che il debitore si faccia assistere da un difensore, come nulla vieta che lo faccia, con ciò evidenziando *"la legittimità della scelta [...] di farsi assistere da propri professionisti per il confezionamento della proposta di accordo e [così] riservare al professionista nominato dal Tribunale la valutazione e attestazione di fattibilità"*. L'orientamento appena esaminato sembrerebbe, dunque, far discendere la "non obbligatorietà" della dife-

sa tecnica nell'ambito di tali procedure dalla sua non necessità, attesa la previsione, in seno all'impianto normativo delineato dalla [L. n. 3/2012](#), di un soggetto, l'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento o il professionista nominato in sua vece dal Tribunale, che potrebbe professionalmente "accompagnare" il debitore in tutte le fasi della procedura, senza la necessità di ulteriori professionisti da porre al fianco del debitore. Vero è che forse si potrebbe obiettare che il decreto esaminato potrebbe comunque non porsi come risolutivo della questione, non avendo tenuto in considerazione ulteriori aspetti (quali, ad esempio, il carattere contenzioso del procedimento allorquando uno o più creditori presentino opposizioni al piano, che potrebbero forse anche suggerire la necessità della difesa tecnica), attentamente valutati dal secondo contrapposto orientamento, ma vero è anche che si ritiene che tale orientamento ponga un tema, che ha rappresentato il cuore del dibattito sviluppatosi nel corso della redazione della riforma, afferente la centralità del ruolo rivestito dall'organismo di composizione della crisi. Il secondo e contrapposto orientamento giurisprudenziale di merito, facente capo al [Tribunale di Massa](#)^[10] ed al [Tribunale di Mantova](#)^[11], afferma per contro l'obbligatorietà della difesa tecnica. Procedendo con ordine, il decreto del [Tribunale di Massa](#) ritiene che *"la legittimazione attiva a formulare la proposta di accordo con i creditori oppure la domanda di liquidazione spetti al debitore stesso e, precisamente, non a lui personalmente, ma al suo procuratore nella qualità di rappresentante tecnico"*. E la considerazione secondo cui ogni singola procedura concorsuale (tra quelle previste dalla [L. 3/2012](#)) debba essere introdotta con un ricorso depositato da un rappresentante tecnico la si può desumere dall'osservazione a mente della quale *"la Legge n. 3/2012, per ciascuna delle procedure concorsuali ivi previste, rinvia espressamente agli artt. 737ss. c.p.c. per quanto riguarda gli aspetti processuali"*; talché, prosegue il provvedimento, *"[...] il procedimento da seguire (tanto in primo grado quanto in grado di reclamo) è il procedimento in camera di consiglio che deve essere introdotto mediante ricorso depositato dalla parte (non personalmente ma) per mezzo di un difensore tecnico, vigendo obbligo di difesa e di rappresentanza tecnica in tale tipologia di procedimento"*. Quanto meno in apparenza, sembrerebbe, dal decreto citato, che l'obbligatorietà della difesa tecnica

[9] Trib. Pistoia, 17 novembre 2014, in [www.ilcaso.it](#);

[10] Trib. Massa, 28 gennaio 2016, in [www.ilcaso.it](#);

[11] Trib. Mantova, 12 luglio 2018, in [www.ilcaso.it](#);

si possa desumere da un argomento di natura processuale, nella specie la sussumibilità della procedura di composizione della crisi nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio *ex artt. 737 c.p.c.* Si ritiene "in apparenza", potendo in questa sede obiettarsi la debolezza dell'argomentazione processuale secondo cui le procedure di composizione della crisi richiederebbero la necessaria assistenza di un difensore, alla luce di un richiamo ad una disciplina, quella dei procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., che, al contrario, non contemplano con assoluta certezza e nella generalità dei casi per la loro instaurazione l'obbligo di assistenza e rappresentanza tecnica.

Non è forse un caso che il Tribunale di Mantova, pur allineandosi al principio espresso dal Tribunale di Massa, arriva ad affermare l'obbligatorietà della difesa tecnica, sulla base di specifiche differenti argomentazioni. In primo luogo, sulla base dell'applicazione alle procedure in esame del disposto normativo di cui all'art. 82, co. 3, c.p.c., secondo cui davanti al Tribunale le parti stanno in giudizio con il ministero di un difensore, salvo che la legge disponga altrimenti. Il fatto dunque che la L. n. 3 del 2012 nulla abbia disposto altrimenti, renderebbe automaticamente applicabile anche alle procedure da sovraindebitamento il precetto codicistico afferente l'obbligatorietà della difesa e rappresentanza tecnica. In secondo luogo, sulla base della considerazione per cui nei procedimenti in camera di consiglio l'obbligatorietà della difesa tecnica si manifesterebbe in tutta la sua evidenza allorquando gli stessi assumessero un carattere contenzioso, come ad esempio nel caso in cui un creditore si opponesse all'omologazione del piano. Il richiamo ad un orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione, in materia di ricorso per fallimento in proprio, è alla base della tesi prospettata in seno al decreto: "*recentemente la Suprema Corte (Cassazione civile, sez. I, 18.08.2017, n. 20187) ha affrontato il tema della possibilità per l'imprenditore di chiedere il proprio auto-fallimento senza l'assistenza di un legale, parificando il procedimento prefallimentare ad altri procedimenti unipersonali che si svolgono in camera di consiglio senza l'osservanza di peculiari formalità, né con il ministero obbligatorio di un difensore (Cass. 25366/2006, 27268/2006, 6861/2013), escludendone tuttavia la possi-*

bilità quando intervengano avanti al Tribunale di soggetti, portatori dell'interesse ad escludere la dichiarazione di fallimento, ciò implicando lo svolgimento di un contraddittorio qualificato con conseguente carattere contenzioso del procedimento".

Il terzo ed ultimo orientamento, facente capo al Tribunale di Vicenza[12] ed al Tribunale di Teramo[13], sviluppa una tesi intermedia. Da una parte, non manca di affermare in linea generale la necessità della difesa tecnica nell'ambito delle procedure in esame esattamente come nel caso prospettato dal Tribunale di Massa[14] e dal Tribunale di Mantova[15], ma, da un'altra parte, ne segnala, comunque, la non necessarietà in una particolare e specifica ipotesi, distinta a seconda del provvedimento che viene preso in esame. Secondo l'orientamento citato la generale necessità della difesa e rappresentanza tecnica si desume dalle seguenti quattro particolari circostanze: "1) la proposta (con o senza piano) è in sostanza una domanda giudiziale (rivolta al giudice) con il fine di comporre una crisi finanziaria, quindi in presenza di contrapposti interessi, ed ha forma del ricorso; 2) il ricorso è introduttivo di una procedura, così come definita dallo stesso art. 6 l. n. 3/2012; 3) la procedura si svolge davanti ad un tribunale, individuato sulla base di criteri tecnici di competenza; 4) essa presenta fasi potenzialmente contenziose riguardanti l'ammissibilità, la decisione di merito, le eventuali contestazioni in sede di omologazione, ed i conseguenti reclami; la sostituzione del liquidatore e la risoluzione di controversie sulla violazione di diritti soggettivi, ex art. 13, co. 2, l. n. 3/2012". Posta la regola generale, sostanzialmente comune a quella espressa dal secondo orientamento facente capo al Tribunale di Massa ed al Tribunale di Mantova e passando ora all'eccezione particolare alla regola generale, l'assistenza di un legale, munito di uno specifico mandato di tutela degli interessi della parte, contrapposti ad altri, può "non essere necessaria", secondo il Tribunale di Vicenza, "se nell'O.C.C. che concretamente presenta la domanda (che auspicabilmente sarà composto da diversi professionisti, con competenze tecniche diversificate) vi sia anche un legale, che se ne faccia carico, curando tutti gli aspetti tecnici della stessa" o può essere in termini "surrogata", secondo il Tribunale di Teramo, dall'intervento dell'organismo di composizione della crisi o dal professionista fa-

[12] Trib. Vicenza, 29 aprile 2014, in www.ilcaso.it;

[13] Trib. Teramo, 1 ottobre 2018, in www.ilcaso.it;

[14] Trib. Massa, 28 gennaio 2016, *cit.*;

[15] Trib. Mantova, 12 luglio 2018, *cit.*;

cente funzioni di organismo di composizione della crisi, tutte le volte in cui lo stesso sia “[...] *rappresentato da un legale*”, anziché da un commercialista.

Entrambi i provvedimenti, dunque, enunciano la medesima regola generale (la necessità della difesa tecnica) e, di fatto, anche la stessa eccezione particolare (la non necessità di un ulteriore legale allorquando l'OCC sia rappresentato da un legale), pur considerando le due differenti ipotesi, a seconda che il ricorrente chieda la nomina di un professionista facente funzioni di occ (cfr. provvedimento del Tribunale di Teramo) ovvero si rivolga ad un articolato e costituito organismo di composizione della crisi (cfr. provvedimento del Tribunale di Vicenza).

La lettura formale dei provvedimenti giurisprudenziali citati consente, pertanto, di affermare l'esistenza di un orientamento che, pur non vietandola, esclude l'obbligatorietà per il debitore di munirsi di una difesa e di assistenza o di rappresentanza tecnica nell'ambito delle procedure di composizione della crisi, assumendo l'assoluta centralità del ruolo dell'organismo di composizione della crisi in conformità al modello normativo previsto dalla L. n. 3/2012^[16]; di un contrapposto orientamento, che, al contrario, muovendo da argomenti di natura processuale, quali ad esempio il richiamo alla disciplina dei procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., ritiene che una difesa tecnica all'interno della procedura sia assolutamente necessaria e obbligatoria^[17]; di un terzo orientamento, il quale, collocandosi in posizione intermedia tra i due, ribadisce la necessità della difesa tecnica, non imponendola, tuttavia, allorquando l'organismo di composizione della crisi sia rappresentato da un legale^[18].

Per concludere l'analisi della tematica, come affrontata dalla giurisprudenza sotto la vigenza della L. n. 3 del 2012, occorre rilevare come, in seno al secondo (e, per la linea generale, al terzo) orientamento, che, giova ricordarlo, afferma l'obbligatorietà o necessità della difesa tecnica, si siano sviluppati due sotto-orientamenti relativi agli

effetti derivanti dalla presentazione di un ricorso in difetto di difesa tecnica. C'è chi ritiene che il ricorso sia radicalmente nullo a mente dell'art. 82, co. 3, c.p.c., senza possibilità di sanatoria alcuna^[19] e chi, invece, in applicazione del disposto di cui all'art. 182, co. 2, c.p.c., ritiene che la nullità possa essere sanata^[20].

La dottrina, sul tema, sembrerebbe aver sviluppato due diversi orientamenti.

Una parte della dottrina, pur non nascondendo il proprio “stupore” per la scelta del legislatore, sembrerebbe comunque riconoscere il fatto che la legge n. 3, nulla avendo previsto, nulla avrebbe inteso imporre sul punto, come nulla avrebbe inteso vietare: ripercorrendo in un certo senso le considerazioni svolte dal Tribunale di Pistoia, tale parte di dottrina ritiene, pertanto, che il debitore possa, a sua discrezione, non solo nella prima, ma anche nella seconda fase di deposito avvalersi come non avvalersi di un difensore^[21]. E ciò in conformità al modello normativo previsto dalla L. n. 3 del 2012, per il quale “la difesa affidata al legale sembra resa non indispensabile dal tipo di mediazione del conflitto stesso accortamente disegnata dal legislatore”. Sul punto, non si è mancato di rilevare che “se la forma camerale non esclude l'applicabilità dell'art. 82 c.p.c. allorché vengano in gioco diritti soggettivi o status [...] va d'altro canto rilevato che, quanto meno con riferimento al ricorrente, la necessaria assistenza da parte dell'organismo di composizione della crisi sembra escludere la necessità del patrocinio legale”^[22]. Semmai, in un certo senso riprendendo le argomentazioni del Tribunale di Vicenza, “[...] una ripresa di necessità del patrocinio legale, invece, sembrerebbe imporsi – oltre che per le impugnazioni esterne alla definizione del procedimento – allorché il contenzioso attivato, in una o più delle sue fasi interne, implichi decisioni in grado di incidere su diritti soggettivi e senza che la descritta funzione di assistenza dell'operi in modo diretto: è il caso, ad esempio, del subprocedimento giurisdizionale in tema di contestazioni circa l'esecuzione dell'accordo, che non siano risolte dall'organismo

[16] Trib. Pistoia, 17 novembre 2014, cit.;

[17] Trib. Massa, 28 gennaio 2016, cit.; conf., Trib. Mantova, 12 luglio 2018, cit.;

[18] Trib. Vicenza, 29 aprile 2014, cit.; conf., Trib. Teramo, 1 ottobre 2018, cit.;

[19] Trib. Mantova, 12 luglio 2018, in www.ilcaso.it; Trib. Teramo, 1 ottobre 2018, in www.ilcaso.it;

[20] Trib. Livorno, 22 luglio 2017, in www.ilcaso.it;

[21] Durello, *Profili processuali del procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 2, 2014, p. 651; conf. Ferro, *L'avvio del procedimento: il deposito della proposta*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di Ferro, Milano, 2012, p. 131; Filocamo, *L'ammissione e l'anticipazione degli effetti protettivi*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di Ferro, Milano, 2012, p. 149; Locatelli, *Contro i provvedimenti lo strumento del reclamo*, in *Guida dir.*, 2012, p. 58.

[22] Filocamo, *L'ammissione e l'anticipazione degli effetti protettivi*, op. cit., p. 149;

di composizione della crisi, in quanto affidate dalla legge al giudice (così l'art. 13, co. 2, quanto alla dedotta violazione di diritti soggettivi ed alla sostituzione per giustificati motivi del liquidatore"[23].

Un'altra parte della dottrina, invece, sembrerebbe piuttosto aderire alla tesi di cui al secondo orientamento, ma sulla base di una argomentazione, diversa rispetto a quelle, di natura processuale, proposte dal [Tribunale di Massa](#) e di Mantova. In particolare, tale parte della dottrina ritiene che la presenza di un difensore sia necessaria *"nelle ipotesi di necessità di accertare la presenza di iniziative o atti in frode ai creditori, o in sede di cram down, con necessità di istruttoria"*[24]. Non ritiene condivisibile l'impostazione suggerita dal Tribunale di Vicenza, sulla base della considerazione che *"la posizione eterogenea che connota ex lege il ruolo dell'occ non è compatibile con la difesa in giudizio del debitore (che si permea di connotati professionali/deontologici non coincidenti con i doveri dell'occ) anche nell'ipotesi di mero deposito del ricorso introduttivo e di rappresentanza in giudizio dinanzi al Giudice"*[25].

Come già anticipato, la problematica sottesa viene definitivamente risolta dal [Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza](#), che prevede la necessità della difesa tecnica solo ed esclusivamente per il concordato minore, escludendo, al contempo, la necessità di un'assistenza del difensore nelle procedure di piano ristrutturazione dei debiti del consumatore e di liquidazione controllata del sovraindebitato.

Ora, oltre ad evidenziare una ingiustificata disparità di trattamento tra debitori che accedano alle tre diverse procedure, la disciplina codicistica entrerà comunque in vigore e troverà applicazione per tutte le procedure avviate a partire dal 15 agosto 2020. Il problema, attualmente, pertanto, permane.

3. Difesa tecnica obbligatoria o necessaria? Una lettura "sostanziale" della giurisprudenza sul tema e un'ipotesi di soluzione univoca

Il fatto che, intorno alla tematica in esame, si siano sviluppati, quanto meno da un punto di vista formale, tre contrapposti orientamenti, non può che imporre una attenta

e scrupolosa riflessione ed analisi del tema, che vada al di là rispetto ad una semplice lettura "formale" dei provvedimenti giurisprudenziali e provi a fornire una lettura più incisiva, "sostanziale", degli stessi. Questo, al fine di evitare il rischio di ingiustificate disparità di trattamento tra soggetti che si trovano nelle medesime condizioni: non è, infatti, in alcun modo auspicabile che, a seconda del foro di competenza, un ricorrente "possa" o "debba" avvalersi un legale per l'avvio della procedura, intesa, giova ribadirlo, nell'accezione di deposito della proposta di piano, accordo o domanda di liquidazione.

La lettura sostanziale dei provvedimenti citati richiede, ad avviso di chi scrive, un'analisi e una disamina di tre distinte tematiche.

Occorre, *in primis*, verificare se, nell'ambito delle procedure di composizione della crisi disciplinate dalla [L. n. 3/2012](#), sia corretto affermare che la difesa tecnica del debitore sia obbligatoria, nell'accezione di prescritta dalla legge a pena di nullità, come indicato dal secondo orientamento giurisprudenziale di cui rispettivamente al [Tribunale di Massa](#) ed al Tribunale di Mantova, oppure differente sia la modalità procedurale delineata dal modello normativo previsto dalla [L. 3/2012](#) come segnalato dal primo orientamento esaminato facente capo al [Tribunale di Pistoia](#) che quindi la difesa tecnica non possa che essere solo frutto di una "scelta" da parte del debitore. In secondo luogo, occorre verificare se la difesa tecnica quando non obbligatoria, sia piuttosto necessaria, nel senso di "opportuna" al fine di realizzare differenti esigenze tutelate dall'ordinamento, come implicitamente segnalato dall'orientamento facente capo al [Tribunale di Vicenza](#) e dal Tribunale di Teramo e come segnalato anche dalla dottrina. Infine, proprio partendo dalle preziose considerazioni del [Tribunale di Vicenza](#) e dal Tribunale di Teramo nel terzo orientamento, occorre interrogarsi sul fatto se, in presenza di un organismo rappresentato da un legale, sia effettivamente necessaria la presenza di un ulteriore difensore al fianco del debitore ricorrente, al fine di evitare i rischi paventati tanto dal [Tribunale di Massa](#) e dalla dottrina, o la presenza di un ulteriore difensore non sia, per contro, necessaria potendo essere "surrogata" dal legale occ.

[23] Ferro, *L'avvio del procedimento: il deposito della proposta*, op. cit., p. 131;

[24] Battaglia, *La crisi da sovraindebitamento nella giurisprudenza: lo stato dell'arte*, op. cit.; conf. Farina, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la (limitata) compatibilità con la legge fallimentare. Le problematiche della domanda e dell'automatic stay*, in *Dir. fall.*, I, 2017, p. 43 ss.; Trisorio Liuzzi, *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Giusto proc.*, 2013, 655; Bersani, *La composizione della crisi da sovra indebitamento per le imprese non fallibili nella L. n. 3/2012*, in *Fisco*, 13, 2012, p. 1960 ss.;

[25] Battaglia, *La crisi da sovraindebitamento nella giurisprudenza: lo stato dell'arte*, op. cit.;

Quanto alla prima questione, da un'attenta disamina del quadro normativo di riferimento, non appare esservi dubbio, circa la non obbligatorietà della difesa tecnica, nel senso di prescrizione normativa a pena di nullità, nell'ambito delle procedure di composizione della crisi a norma [L. n. 3 del 2012](#). Tale assunto discende da tre specifiche considerazioni. Ora, in primo luogo, occorre tenere in debita considerazione il dettato "formale" e letterale della disciplina: come correttamente segnalato dal [Tribunale di Pistoia](#), la [Legge n. 3 del 2012](#) nulla prevede in ordine alla obbligatorietà di un difensore nell'ambito della procedura. È evidente che, qualora il legislatore avesse voluto prevedere l'obbligatorietà di un difensore, lo avrebbe espressamente previsto. Così non è stato. Tanto che le stesse disposizioni normative scrupolosamente si astengono dall'inserire nel testo della legge specifici termini o nozioni giuridiche, che potrebbero far pensare all'obbligatorietà della "difesa tecnica": giusto per fare un esempio, la [Legge n. 3 del 2012](#), quando si riferisce agli atti di parte introduttivi, non usa, e non a caso, il termine di "ricorso", concetto questo che farebbe propendere per l'obbligatorietà della difesa tecnica, bensì, al contrario, sceglie il termine di "proposta" di piano o accordo o "domanda" di liquidazione, termini questi che farebbero invero pensare ad un atto che potrebbe essere presentato anche personalmente dalla parte. In secondo luogo, può essere utile tenere in considerazione che, in più occasioni, la [L. n. 3 del 2012](#), per la disciplina degli aspetti processuali, richiama gli artt. 737 ss. c.p.c. sui procedimenti in camera di consiglio [a titolo esemplificativo, gli artt. 10, 12, 12 bis] attraverso il richiamo all'art. 10, co. 6], l'art. 14 *terdecies*], con ciò lasciando correttamente inten-

dere all'interprete, all'operatore l'applicabilità, per i profili processuali, della disciplina camerale, laddove compatibile. Non è un caso che, come nella disciplina camerale, anche la procedura di composizione della crisi si svolge in camera di consiglio e si conclude con l'adozione di un decreto motivato. Non è neppure un caso che, come anche nella disciplina camerale, anche la procedura in esame prevede una eventuale fase di reclamo davanti al Tribunale in composizione collegiale. Ora, data per pacifica, anche solo per un espresso richiamo da parte della [L. 3 del 2012](#), l'applicazione della disciplina dei procedimenti in camera di consiglio alle procedure in esame, non può che applicarsi anche l'altrettanto principio, anche se non del tutto pacifico[26], in forza del quale nelle procedure camerali non è necessaria l'assistenza di un difensore. Ne discende che il generale quadro normativo di riferimento attuale o, meglio, il combinato disposto del quadro normativo attuale [nella specie, la [L. n. 3 del 2012](#) e gli artt. 737 e seg. c.p.c.] appare sufficiente per poter affermare la non obbligatorietà, nel senso di prescrizione normativa a pena di nullità, della difesa nell'ambito di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento. Vi è poi da aggiungere un'ulteriore considerazione. Partiamo da un assunto, piuttosto pacifico: il legislatore del 2012 nulla ha detto circa l'obbligatorietà o meno della difesa tecnica nelle procedure in oggetto. Come già detto, un espresso e ripetuto richiamo alle norme sui procedimenti camerali già basterebbe per poter affermare la non obbligatorietà della difesa tecnica, ma invero tale interpretazione potrebbe discendere anche da un'altra importante considerazione: la questione relativa all'applicabilità del patrocinio a spese dello Stato in siffatte procedure.

[26] Per una panoramica generale in dottrina, cfr. Laudisa, voce *Camera di consiglio. I) Procedimenti in camera di consiglio — diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; Micheli, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 981 ss.; Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.; Cerino Canova, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, p. 431 ss.; Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta di Proto Pisani, Torino, 1994, p. 87 ss.; Arieta, voce *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 456, che rileva che «[...] il riconoscimento della natura integralmente giurisdizionale dei procedimenti camerali porta a ritenere direttamente applicabili agli stessi le regole dello "stare in giudizio" [...]» fissate dall'art. 82 c.p.c. salvo che la legge disponga altrimenti; Mandrioli, *In tema di onere del patrocinio nei procedimenti camerali*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 979: «[...] l'inapplicabilità dell'art. 82 c.p.c. e quindi l'assenza dell'onere del patrocinio, pur potendosi condividere in linea di principio, per i procedimenti che non implicano contrapposizioni di interessi, tali da postulare un vero "giudizio", dovrebbe trovare, a mio parere, il suo limite nei casi in cui invece sussiste una siffatta esigenza di "giudizio; ciò che in particolare si verifica non solo quando oggetto del giudizio è un diritto soggettivo, ma anche quando, pur trattandosi di quelle situazioni più sfumate che solo indirettamente incidono su diritti e che possono costituire oggetto di pronunce di giurisdizione volontaria nel senso "tradizionale", e cioè con contenuto di natura amministrativa, la pronuncia su di essa implica il superamento di autentiche contrapposizioni di interessi, tali da postulare un "giudizio"»; per la giurisprudenza, cfr. Cass., 29 marzo 2006, n. 7128, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 3; Cass., 21 marzo 2003, n. 4128, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 564; Cass., 30 luglio 1996, n. 6900, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1083;

La questione, non sarebbe corretto nascondere, ha creato un articolato oltre che acceso dibattito in giurisprudenza, determinando la creazione di due orientamenti distinti: l'uno, che riconosce la possibilità per il debitore che si trovi in stato di sovraindebitamento e che voglia far ricorso ad una delle tre procedure previste dalla L. di farsi assistere da difensore, pagato attraverso il patrocinio a spese dello Stato; l'altro, che, per contro, nega *tout court* tale possibilità. È evidente che, se la legge fosse stata chiara sul punto, il dibattito giurisprudenziale non si sarebbe mai venuto a creare. La lacuna normativa e l'esistenza di provvedimenti che negano tale possibilità al debitore non può che far propendere ancora una volta per la non obbligatorietà della difesa tecnica: ed infatti, se si invoca, quale assunto per ritenere il difensore "obbligatorio", il principio costituzionale *ex art. 24 Cost.*, non si può che allora ben invocare anche il principio costituzionale della difesa "effettiva", assicurando cioè gli strumenti anche ai soggetti non abienti per munirsi di un difensore. E ciò, non può che avvenire attraverso il pacifico riconoscimento del diritto ad avvalersi del patrocinio a spese dello Stato. Quand'anche si decidesse di sposare e di condividere la preziosa impostazione giurisprudenziale, che riconosce la possibilità per il debitore che voglia ricorrere ad una procedura di composizione della crisi di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato, ancora non basterebbe per affermare l'obbligatorietà della difesa tecnica nelle procedure di specie. Esaminando il più importante ed autorevole provvedimento del Tribunale di Torino, dott.ssa Marino, del 16.11.2017^[27], che ha riconosciuto la possibilità per il debitore sovraindebitato di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato, si potrà osservare come lo stesso decreto, in un importante passaggio, nell'affermare la possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato, prescinde dalla questione relativa all'obbligatorietà o meno della difesa tecnica, facendo di fatto discendere il diritto del debitore al patrocinio gratuito da una differente questione, che qui verrà trattata come seconda, relativa alla "necessità" [diversa dalla obbligatorietà] della difesa tecnica. Ciò vuol dire che anche il Tribunale Ordinario di Torino, pur affermando in un proprio precedente il diritto del debitore ad avvalersi del patrocinio a spese dello Stato, non si spinge fino ad affermare anche l'obbligatorietà o meno della difesa tecnica, quanto piuttosto la sua necessità, nel senso di opportunità, per tutelare il diritto

di difesa del debitore. Il dubbio comunque rimane e il ragionamento non può che essere il seguente: se il legislatore del 2012 avesse realmente voluto che nelle procedure di cui alla *L. n. 3 del 2012* il debitore fosse assistito da un difensore, non soltanto lo avrebbe detto e scritto espressamente, ma avrebbe altresì, nel rispetto della Costituzione, modificato ed implementato la normativa sul patrocinio a spese dello Stato, assicurando il diritto dei debitori, non abienti, di poter accedere ad un difensore pagato dallo Stato, non essendo loro in grado di sostenere compensi e costi di una difesa.

Ancor più evidente tale problematica appare, ove si decida di sposare l'opposto orientamento che nega la possibilità per il debitore sovraindebitato di accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato. Presso il Tribunale di Torino come su anticipato la questione relativa all'applicabilità della disciplina del patrocinio a spese dello Stato alle procedure in esame è tutt'altro che pacifica. A seguito del provvedimento in data 16 novembre 2017, est. Dott.ssa Cecilia Marino che, pur avendo riconosciuto il diritto al debitore in stato di sovraindebitamento di far ricorso al patrocinio a spese dello Stato, non si è spinto sino a qualificare come obbligatoria [pur evidenziandone la necessità, nel senso di opportunità ove il giudizio assumesse un carattere contenzioso] la difesa tecnica, si è registrato un contrapposto orientamento, est. Dott. Bruno Conca, del 13 dicembre 2018^[28], che, negando la possibilità per il debitore sovraindebitato di avvalersi di un difensore per mezzo del patrocinio a spese dello Stato, ha, preliminarmente, segnalato che l'*art. 121 d.P.R. n. 115/2002* non possa rappresentare l'unica eccezione relativa all'esclusione del patrocinio a spese dello Stato ove si sia in presenza di una procedura disciplinata da una *lex posterior* quale è la *L. n. 3 del 2012* [nel provvedimento, si legge che: "[...] non può postularsi l'esclusività delle eccezioni di cui all'*art. 121 d.P.R. 115/2002* anche in relazione alla *lex posterior*, quale è all'evidenza la *legge 3/2012*], così già facendo ben desumere la dubbia [e non pacifica] applicabilità del patrocinio a spese dello Stato nell'ambito delle procedure in esame; in secondo luogo, ha sviluppato un duplice articolato ragionamento, sempre in tema di patrocinio a spese dello Stato, da cui poter desumere la facoltatività della difesa tecnica: anzi tutto, il decreto menzionato ha specificato come il patrocinio a spese dello Stato si potrebbe *semmai* "postulare" allorquando il procedimento divenga

^[27] Trib. Torino, 16 novembre 2017, in www.ilcaso.it;

^[28] Trib. Torino, 13 dicembre 2018, giur. edita.

contenzioso, così di fatto riprendendo ancora una volta la distinzione tra difesa tecnica obbligatoria e necessaria [si legge nel provvedimento citato: “[...] *di là della nomina del professionista gestore della crisi da parte del presidente del tribunale, sino all’istituzione nel circondario del medesimo tribunale dell’Organismo di Composizione della Crisi (secondo una certa interpretazione) o, stabilmente, in alternativa alla scelta da parte del debitore dell’OCC, il procedimento in questione non è in alcun modo giudiziale, posto che, appunto, la designazione da parte del presidente è alternativa alla scelta da parte del debitore di un ente od organo lato sensu amministrativo (costituito da Enti Locali, Ordini professionali, ecc.), senza che, al riguardo, possa valere la mera qualificazione interna e tabellare di “procedimento di volontaria giurisdizione”, dovendosi semmai postulare l’operatività del patrocinio a carico dello Stato allorché il procedimento divenga contenzioso (osservazioni al piano, opposizioni all’omologa); in secundis, posta la facoltatività dell’assistenza legale, la disposizione di riferimento ad avviso dell’orientamento indicato per verificare se la spesa legale possa essere posta a carico dell’Erario non può che essere rappresentata dall’art. 146 d.P.R. n. 115/2002 [dettata per la procedura fallimentare], in tema di prenotazioni a debito, anticipazioni e recupero delle spese, la quale, tuttavia, non ricomprende le spese legali di cui sopra tra le voci indicate e tassativamente elencate dalla norma, per postulare detta anticipazione.*”]

Pur non potendo tralasciare il fatto che il decreto citato ha implicitamente affermato la non obbligatorietà dell’assistenza legale [ma solo la sua necessità, nel senso di opportunità, laddove il procedimento assuma il carattere contenzioso], certo non si può non osservare come il mancato riconoscimento della possibilità per il debitore sovraindebitato di accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato per tutte le procedure in esame non possa che far propendere per l’assenza di obbligatorietà della difesa tecnica. Così non fosse, il sistema colliderebbe con il principio costituzionale di cui all’art. 24 Cost., non garantendo ad un soggetto non abbiente la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa costituzionalmente garantito e, dunque, di far ricorso ad una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento disciplinata dalla L. n. 3 del 2012.

Per le su esposte considerazioni, non si ritiene di poter condividere il secondo orientamento, non risultando, ad avviso degli scriventi, solidi appigli normativi, per poter affermare l’obbligatorietà della difesa tecnica nelle procedure in esame. Per contro, la normativa attuale fornisce validi appigli normativi per sostenere la tesi contraria: l’applicabili-

tà, da una parte, della disciplina camerale [nello specifico, gli artt. 737 ss. c.p.c.], che contrariamente a quanto affermato dal Tribunale di Massa ed implicitamente riconosciuto dal Tribunale di Mantova non prescrive l’obbligatorietà della difesa tecnica, oltre che al dubbio, ancora non pacificamente e unanimemente risolto, stante il rumoroso silenzio del legislatore sul punto, circa l’applicabilità o meno della normativa sul patrocinio a spese dello Stato.

Ritenuta non obbligatoria la difesa tecnica nelle procedure *de quibus*, si sviluppano, ora, le riflessioni in ordine alla seconda ed alla terza questione, vale a dire alla “necessità” della difesa tecnica, riflessioni che potrebbero anche in un certo spiegare, nella sostanza, le ragioni che potrebbero aver spinto la formazione e lo sviluppo del secondo orientamento.

Se il primo orientamento, facente capo al Tribunale di Pistoia, “formalmente” e condivisibilmente enuncia la non obbligatorietà della difesa tecnica, stante l’assoluta superlunità di ulteriori e nuovi professionisti rispetto al già nominato professionista facente funzioni di organismo di composizione della crisi o gestore della crisi presso un costituito organismo di composizione della crisi in piena conformità al modello normativo previsto dalla L. n. 3/2012, nella “sostanza”, in effetti, non prende in considerazione l’ipotesi, considerata invece dal secondo e dal terzo orientamento di cui ai Tribunali di Massa, Mantova, Vicenza e Teramo, oltre che con forza dalla dottrina citata, in cui un creditore ovvero un altro soggetto presenti delle opposizioni al piano o accordo, presenti un reclamo ovvero comunque in cui la procedura assuma un carattere strettamente “contenzioso”. E tale ipotesi porta con sé articolati interrogativi. Primo tra tutti: il debitore, aiutato dal professionista facente funzioni di organismo di composizione della crisi ipotizzando che questi fosse un dottore commercialista ma non un avvocato, sarebbe in grado di sviluppare delle adeguate contro-contestazioni di carattere giuridico? E procedendo ancora con i quesiti posti, quand’anche il dottore commercialista fosse comunque dotato, per consolidato *background*, delle adeguate competenze tecniche per rispondere alle contestazioni dei creditori o anche volendo ipotizzare che l’o.c.c. fosse rappresentato dal un legale e non da un dottore commercialista, sarebbe comunque corretto attribuire a tale professionista il ruolo di fornire delle risposte alle contestazioni o reclami dei creditori e quindi di “difendere” il debitore? Ecco, ad avviso di chi scrive, sono questi gli interrogativi e le esigenze che hanno portato alla formazione del secondo e del terzo orientamento. E sul punto, procediamo con ordine.

I provvedimenti di cui al secondo e al terzo orientamento, ai fini di una corretta e più incisiva interpretazione, devono essere inseriti nel corretto contesto in cui gli stessi sono stati emessi, in quanto sembrerebbe che, più che di obbligatorietà della difesa tecnica, si riferiscano ad una condizione di necessità della difesa tecnica.

I provvedimenti citati prendono in considerazione l'ipotesi in cui il debitore in stato di sovraindebitamento ha richiesto al Tribunale competente la nomina di un professionista facente funzioni di composizione della crisi e, con l'*ausilio* di questi [in tutti i casi, un dottore commercialista] ha fatto "personalmente" ricorso ad una procedura di composizione della crisi *ex* [L. 3/2012](#), depositando una proposta di piano del consumatore o una proposta di accordo ovvero una domanda di liquidazione del patrimonio corredata dalla relazione particolareggiata del dottore commercialista, professionista facente funzioni OCC.

I provvedimenti di cui al secondo e terzo orientamento, in altri termini, prendono in considerazione l'ipotesi in cui nella procedura di composizione della crisi avviata la sola ed unica "assistenza" fornita al debitore sia fornita da un dottore commercialista, nella veste di consulente ovvero nella veste di professionista facente funzioni di organismo di composizione della crisi.

E di fatto i problemi legati alla sola presenza nell'ambito della procedura di un dottore commercialista, non accompagnata da un avvocato, che sembrerebbero emergere da una lettura sostanziale dei provvedimenti sono due: da un lato, il fatto che il debitore, in presenza di eventuali contestazioni da parte dei creditori, sia privo di un soggetto munito di conoscenze giuridiche, capace non solo di gestire la procedura giudiziale ma anche, circostanza questa non di poco conto, di affrontare le problematiche di carattere più strettamente giuridico; dall'altro, il fatto che il debitore, privo delle necessarie conoscenze tecniche, non sia in grado di redigere la proposta di piano o accordo personalmente, ma si avvalga del non previsto dalla legge ausilio del professionista nominato dal Tribunale, che, di fatto, verrebbe ad esercitare un ruolo duplice, contrapposto ed in conflitto di interessi, dal momento che redigerebbe il piano e lo attesterebbe contemporaneamente, venendo così a perdere quella necessaria condizione di terzietà e imparzialità.

Di qui, l'affermata necessità, auspicata nei provvedimenti citati, che nelle procedure sia presente un ulteriore professionista, nella specie un avvocato, diverso dal professionista facente funzioni di OCC, che, da un lato, sia di ausilio "tecnico-giuridico" al debitore ricorrente, ma al contempo eviti il rischio che il professionista facente funzioni

di OCC perda la propria posizione di terzietà, cadendo in una rischiosa e attuale condizione di conflitto di interessi. La suddetta chiave di lettura dei provvedimenti citati non può che avvalorare la tesi esposta.

Analizziamo nel dettaglio i provvedimenti.

Il provvedimento del [Tribunale di Massa](#), pur (solo) "formalmente" arricchendo le proprie argomentazioni di un carattere processualistico, pone "sostanzialmente" l'accento sulla necessità della difesa tecnica, alla luce dell'esigenza di evitare il rischio che il professionista facente funzioni di Organismo di composizione della crisi, non soltanto attesti, ma si trovi anche a redigere il piano per conto del debitore ricorrente. Rischio che verrebbe meno, secondo il provvedimento citato, allorquando il ricorrente venga assistito da un legale che presenti per suo conto il ricorso.

Il provvedimento del Tribunale di Mantova, pur ponendo ancora una volta (solo) formalmente alla base della motivazione le argomentazioni svolte dalla Sezione Prima della Corte, nella sentenza del [20 agosto 2017, n. 20187](#), in materia di ricorso per auto-fallimento, al fine di poter dimostrare l'obbligatorietà processuale della difesa anche nei procedimenti in camera di consiglio allorquando assumano carattere contenzioso, di fatto fissa nella sostanza un principio a tutela del debitore: nel caso posto all'attenzione del Tribunale di Mantova, il debitore, personalmente, pur con l'*ausilio* di dottore commercialista nella veste di professionista facente funzioni, aveva presentato una proposta di piano del consumatore; a seguito del deposito e della fissazione dell'udienza da parte del giudice delegato, si costituiva uno dei creditori, con un difensore, formulando tutta una serie di osservazioni e contestazioni di carattere strettamente giuridico, oltre alla preliminare eccezione di nullità del ricorso per difetto di difesa tecnica. Ora, il Giudice delegato del Tribunale di Mantova, viste le articolate contestazioni di natura tecnica, ha ritenuto di dover dichiarare la nullità del ricorso introdotto per difetto di "difesa tecnica", proprio alla luce di voler garantire al ricorrente l'esercizio del proprio diritto di difesa. Peraltro, il precedente citato dal GD, nella fattispecie la sentenza della Corte di Cassazione n. 20187 del 2017, nell'affermare, nella parte finale della propria parte motiva, la necessità di un legale che assista il debitore che chiedi il proprio fallimento, solo ed esclusivamente allorquando intervengano nel corso della procedura soggetti che siano portatori di un interesse "contrario", volto ad ottenere il rigetto dell'istanza di fallimento, fortemente intravede e avverte tale esigenza che venga garantito al debitore istante, attraverso l'assistenza di un proprio lega-

le, la possibilità, in un'ottica di pieno rispetto dell'[art. 24 Cost.](#), di difendersi adeguatamente contro le contestazioni sollevate. Il Tribunale di Mantova, pertanto, si riferisce a un'ipotesi nella quale il debitore ricorrente [in termini, un pensionato] si era ritrovato, all'interno di una procedura di composizione della crisi, davanti a creditori qualificati muniti di legale, sprovvisto di una qualsivoglia difesa, stante, da una parte, la natura terza del professionista facente funzioni di OCC e stante l'impossibilità per quest'ultimo, privo delle necessarie competenze di carattere tecnico giuridico [proprie di un avvocato] in quanto commercialista, di assumere una adeguata difesa.

Le medesime esigenze, sostanziali, di tutela della difesa del debitore, sono avvertite anche dai provvedimenti del Tribunale di Teramo e di Vicenza, i quali, tuttavia, aggiungono un elemento in più, che in un certo senso ripercorre le considerazioni del [Tribunale di Pistoia](#): la difesa tecnica, come affermato dal [Tribunale di Massa](#) e di Mantova, è sì indispensabile nelle procedure di composizione della crisi, ma, come ricordato dal [Tribunale di Pistoia](#), occorre non dimenticare che il modello normativo previsto dalla [L. n. 3 del 2012](#) attribuisce un ruolo centrale all'organismo di composizione della crisi; talché, tutte le volte in cui, secondo quanto previsto dal [Tribunale di Vicenza](#), all'interno di un OCC sia presente un legale che curi gli interessi del debitore o tutte le volte in cui, secondo il Tribunale di Teramo, il professionista facente funzioni di OCC sia rappresentato da un legale e non da un dottore commercialista, la presenza di un ulteriore legale a difesa del debitore potrebbe non essere necessaria o addirittura surrogata.

Ed è questo lo spirito che, ad avviso di chi scrive, ha animato quella corrente giurisprudenziale di legittimità che ha affermato la necessità che anche nei procedimenti in camera di consiglio, quando gli stessi assumano un carattere contenzioso, il ricorrente si munisca di un difensore: l'esigenza che la giurisprudenza ha avvertito è quella di garantire che il ricorrente possa adeguatamente esercitare il proprio diritto di difesa nel caso in cui si rivelasse necessario.

E che questa sia la chiave di lettura corretta lo si potrebbe anche evincere dal fatto che il [Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza](#), nell'affrontare la questione, abbia operato una particolare scelta fondata, non tanto su argomenti di natura processuale, ma su argomenti dettati dalla necessità di garantire una adeguata e sufficiente difesa tecnica al debitore. E ciò, non solo nella prima stesura, ma anche in quella, pur differente, definitiva. Nella prima bozza del testo, il [codice della crisi](#), come si può leg-

gere dalla relazione illustrativa, ha previsto che non fosse necessario, in tutte e tre le procedure, prevedere l'assistenza tecnica obbligatoria, per le seguenti motivazioni: *"l'assistenza prestata dall'occ, considerata l'elevata qualificazione dei professionisti di cui l'organismo si avvale, rende superflua la difesa tecnica. L'organismo svolge cioè le funzioni che nel concordato preventivo spetterebbero all'avvocato, al professionista che assiste l'imprenditore nella redazione del piano ed al professionista indipendente incaricato dell'attestazione"* (cfr. relazione, pag. 84). Ora, pur avendo poi il codice previsto la difesa tecnica come obbligatoria nel concordato minore, lo ha fatto comunque sempre e comunque spinto dall'esigenza di garantire un'adeguata tutela del debitore, fors'anche, in un certo senso erroneamente, ritenendo che, nel solo concordato minore, la competenza tecnica dell'organismo non sarebbe stata sufficiente, dovendosi accompagnare, stante la maggiore complessità della procedura rispetto alla procedura di piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e a quella di liquidazione controllata, un ulteriore difensore. Si legge, infatti, nella nuova relazione illustrativa redatta dal Governo e, precisamente, nel commento all'[articolo 76 del codice](#) in materia di concordato minore che: *"anche nel concordato minore svolge un ruolo fondamentale l'organismo di composizione della crisi, al quale compete la formulazione della domanda, del piano e della proposta nella stessa contenuti. [...] La maggiore complessità del procedimento, rispetto a quelli di omologazione del piano del consumatore e le maggiori dimensioni delle situazioni di crisi o insolvenza che costituiscono il presupposto del concordato minore impongono, in questo caso, che all'assistenza prestata dall'occ si aggiunga quella del difensore. Diversamente da quanto previsto per il piano di ristrutturazione dei debiti e per la liquidazione controllata, nella procedura di concordato minore, come richiesto dalle competenti commissioni parlamentari, vi è dunque l'obbligo della difesa tecnica. L'organismo svolge invece le funzioni che, nel concordato preventivo, spetterebbero al professionista che assiste l'imprenditore nella redazione del piano ed al professionista indipendente incaricato dell'attestazione"*.

Ora, una lettura, non solo formale, bensì anche sostanziale dei provvedimenti emessi sotto la vigenza della [L. n. 3 del 2012](#) e una lettura, non solo letterale, ma accompagnata dall'analisi della relazione intenzione del legislatore delegato, delle disposizioni di cui al [codice della crisi di impresa e dell'insolvenza](#), sembrerebbe suggerire che il problema legato all'obbligatorietà o meno della difesa tecnica esuli invero da argomentazioni di natura strettamente processuale, ma si ricolleggi ad argomenti connes-

si all'esigenza di contemperare due contrapposte esigenze: l'una, consistente nel fornire un'adeguata ed idonea tutela del debitore nell'ambito delle procedure in esame; l'altra, consistente nel non caricare l'organismo designato di un ruolo che potrebbe esporlo ad un rischio di conflitto di interessi.

Il [codice della crisi](#), pur con discutibile scelta, sembrerebbe aver operato una netta distinzione di due ipotesi: nel caso di piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e di liquidazione controllata, il debitore può, ma non deve farsi assistere da un difensore; nel caso di concordato minore, il debitore deve farsi assistere da un difensore. Scelta discutibile, per due ordini di ragioni: in primo luogo, in quanto opera una distinzione tra procedure, che *prima face* appare del tutto ingiustificata, anche e soprattutto in considerazione del fatto che, a differenza di quanto si potrebbe apparentemente ritenere, la procedura di piano del consumatore (o come denominata in futuro di piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore), rispetto alla procedura di accordo (o, come denominata in futuro di concordato minore) risulta foriera di una serie di complesse ed articolate questioni di carattere tecnico-giuridico, che i creditori, privati del diritto di voto, non mancano di sollevare ed eccepire in quasi tutte le procedure e che richiedono un'attenta valutazione da parte di tutti gli operatori del settore coinvolti; il legislatore delegato, in altri termini, sembrerebbe aver unicamente operato una comparazione tra la procedura di concordato minore e quella di concordato preventivo, dimenticando di espletare un'analisi comparata della procedura di piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore rispetto alla procedura di piano del consumatore; in secondo luogo, in quanto non tiene conto del paventato rischio, già segnalato dal [Tribunale di Massa](#) e dalla dottrina su citata, che l'organismo di composizione della crisi potrebbe venirsi a trovare in uno stato di potenziale conflitto di interessi, dovendo, da un lato, curare l'interesse della procedura e, dall'altro, quello del debitore, che potrebbero anche essere talora contrapposti.

Quanto alla [L. n. 3/2012](#), silente sul punto, le operazioni ermeneutiche possibili potrebbero essere due.

Una prima possibile soluzione potrebbe essere quella di applicare, *de iure condendo*, le disposizioni di cui al [codice della crisi di impresa e dell'insolvenza](#). Scelta sicuramente apprezzabile e finanche condivisibile anche se in alcuni casi rischiosa per il caso del piano del consumatore e per la liquidazione del patrimonio, ma non certo possibile per il caso dell'accordo di composizione della crisi. Scelta, pur apprezzabile e condivisibile, ma comunque ri-

schiosa per il piano del consumatore e per la liquidazione del patrimonio, in quanto, da un lato, potrebbe verificarsi l'ipotesi che, se l'organismo di composizione della crisi fosse rappresentato da un dottore commercialista, il debitore, in costanza di procedura, potrebbe trovarsi sprovvisto di una figura professionale (un avvocato), dotato delle necessarie competenze tecniche tali da consentirgli un'adeguata "difesa" in caso di, non infrequenti, contestazioni, opposizioni ovvero reclami; laddove, dall'altro, potrebbe anche verificarsi il caso in cui, quand'anche l'organismo vuoi perché rappresentato da un avvocato ovvero rappresentato da un dottore commercialista giuridicamente preparato, si potrebbe comunque configurare una condizione di conflitto di interessi dell'occ stesso. Scelta, invece, non possibile per l'accordo di composizione della crisi, in quanto la procedura di accordo di composizione della crisi, pur simile, presenta tratti, comunque, differenti rispetto al concordato minore. A titolo di esempio, non è contemplato, a differenza dell'attuale accordo di composizione, che il consumatore possa far ricorso alla procedura di concordato minore. Talché, qualora si applicassero i nuovi principi espressi in materia di concordato minore alla procedura di accordo, si potrebbe verificare il potenziale rischio di creare una ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti nelle medesime condizioni. Più nello specifico, un consumatore, a seconda della procedura avviata [piano o accordo] peraltro uguale nella sostanza e negli effetti, potrebbe o dovrebbe avvalersi di un difensore. Non si ritiene, pertanto, quanto meno in sede di operazione interpretativa, che il [codice della crisi di impresa](#) possa essere d'aiuto nella risoluzione della problematica in esame.

Ragion per cui, appare preferibile propendere per una lettura, non tanto formale, quanto invero sostanziale dei provvedimenti esaminati, la quale potrebbe portare a superare la formale tripartizione degli orientamenti così come esposta nel precedente paragrafo ed introdurre, piuttosto, una casistica, sempre tripartita, ma in maniera differente.

Partiamo dal primo caso. Il debitore chiede la nomina al Tribunale di un professionista facente funzioni di occ o di un gestore della crisi al Referente di un occ costituito sul territorio. Il professionista facente funzioni o il gestore della crisi sono rappresentati da un commercialista. In tale particolare ipotesi, il debitore, per la fase successiva di deposito della proposta di piano o accordo o domanda di liquidazione, necessita dell'assistenza di un difensore, affinché possa beneficiare di un'adeguata tutela, sotto il profilo defensionale, e l'occ, anche se giuridicamente

preparato, non venga a trovarsi a dover esercitare compiti che esorbitino dalle funzioni al medesimo attribuite dalla legge, così da non creare una condizione di conflitto di interessi. E questa potrebbe essere la lettura “sostanziale” suggerita dai provvedimenti del [Tribunale di Massa](#) e del Tribunale di Mantova.

Secondo caso. Il professionista nominato dal Tribunale ovvero il gestore della crisi nominato dal Referente sono rappresentati da un avvocato. Anche in tale ipotesi, si ritiene che il debitore, sempre in fase di successivo deposito, debba essere rappresentato da un ulteriore difensore, in quanto, pur potendo il legale occ fornire al debitore ricorrente l'adeguata tutela defensionale di cui necessita, potrebbe comunque correre il rischio di esercitare una doppia funzione e così cadere in una situazione di conflitto di interessi, già segnalato dal [Tribunale di Massa](#) e dalla dottrina.

Terzo caso. Il debitore si rivolge ad un organismo di composizione della crisi, articolato in una composizione collegiale: nella specie, un gestore della crisi, avvocato, con funzioni di consulente del debitore, ed un altro gestore della crisi, dottore commercialista, con funzioni di attestatore, entrambi nominati dal Referente. In questo caso, si ritiene che il debitore non necessiti di un ulteriore difensore, atteso che, da un lato, il gestore con funzioni di consulente del debitore già cura tutti gli interessi del debitore e, dall'altro, non vi è rischio che si verifichi una condizione di conflitto di interessi, inserendo anche un altro e differente gestore con funzioni di attestatore. Tale potrebbe pertanto apparire la lettura “sostanziale”, non soltanto del provvedimento del [Tribunale di Pistoia](#) che evidenzia il ruolo centrale dell'occ secondo il modello normativo previsto dalla [L. n. 3/2012](#), ma anche dei provvedimenti del [Tribunale di Vicenza](#) e di Teramo che ritengono che, allorché sia presente un legale all'interno dell'occ, la presenza di un ulteriore legale possa essere non necessaria, ed al contempo del provvedimento del [Tribunale di Massa](#) che, con occhio vigile, segnala comunque l'opportunità di un'implicita distinzione di funzioni, al fine di

evitare che l'organismo possa ricoprire, nella stessa persona, ruoli (consulente e attestatore) in potenziale conflitto di interesse.

L'ideata composizione collegiale, peraltro suggerita dal già Presidente del Tribunale di Torino, dott. Luciano Panzani nel corso di un convegno e riportata su un articolo pubblicato sul sito della Treccani[29], porta con sé due innegabili benefici, che, *de facto*, eliminano i rischi paventati dai provvedimenti giurisprudenziali citati: in primo luogo, la presenza di un gestore della crisi, svolgente funzioni di consulente del debitore, nella specie un avvocato, risponde all'esigenza di fornire un'adeguata e, finanche, seguendo l'impostazione di pensiero dei provvedimenti citati, necessaria assistenza tecnica al debitore nelle procedure in esame; in secondo luogo, la presenza di un gestore della crisi, svolgente funzioni di consulente del debitore, differenti da quelle di “attestatore”, risponde all'esigenza di evitare tutte quelle potenziali, ma frequenti nella prassi, situazioni di conflitto di interesse in cui il gestore della crisi con funzioni di attestatore si verrebbe a trovare allorché avanti a sé si presentasse un debitore sprovvisto di avvocato [non per volontà ma per necessità ad esempio per assenza di risorse di natura economica] e le funzioni di consulente del debitore [redattore materiale del piano] e quelle di attestatore [redattore della relazione particolareggiata] venissero a confondersi.

Il tema che allora occorre conclusivamente trattare, la terza questione, attiene al fatto se sia necessario o non necessario, in un caso come la terza ipotesi anticipata e, dunque, nell'ambito di un OCC che sia articolato in composizione collegiale, con due gestori della crisi nominati dal Referente, con diversi ruoli, un “ulteriore” difensore che assista il debitore nella procedura e se la mancanza di un ulteriore difensore nella procedura possa far perdere l'indipendenza all'attestatore.

L'unico precedente che potrebbe attagliarsi al caso di specie, pur dovendo necessariamente essere inserito nel contesto in cui stato emesso [periodo in cui ancora non esistevano di fatto veri e propri OCC] è quello del [Tribunale](#)

[29] Afferma il dott. Luciano Panzani, nel contributo “*La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*”, pubblicato sul sito www.treccani.it: “[...] il legislatore ha così mescolato compiti di supporto del debitore, compiti di fidejussione verso i creditori, compiti di ausilio del giudice e di controllore nell'interesse dei creditori. È evidente che in tal modo si apre la strada al conflitto di interessi. L'organismo di composizione della crisi è al tempo stesso il consulente del debitore, l'attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano, organo pubblico che procede all'accertamento dell'esito della votazione e ne riferisce al giudice nei cui confronti opera come ausiliare, controllore dell'adempimento nell'interesse dei creditori. Il conflitto di interessi può trovare soluzione se le varie funzioni non sono svolte dai medesimi soggetti, anche se nell'ambito dello stesso organismo di composizione della crisi. Ha quindi senso suggerire che l'Organismo adotti un regolamento nel quale i diversi compiti vengano attribuiti a differenti professionisti, con una vera e propria delega di funzioni”.

di **Vicenza**, Giudice delegato, dott. Limitone, del 29 aprile 2014, che con forza afferma che, laddove nell'organismo sia presente già un legale che curi tutti gli interessi del debitore, non parrebbe necessaria la presenza di un "ulteriore" legale. Come già segnalato, il rischio, in questa ipotesi, non può che essere che il legale, svolgendo due funzioni, perda, da un lato, i suoi connotati di difensore e dall'altro perda i requisiti di terzietà e imparzialità propri dell'occ. Il rischio sembrerebbe venir meno grazie ad un recente contributo che il dott. Limitone ha fornito sull'inserito "Crisi d'impresa – Le novità del Codice", del febbraio 2019, pubblicato da Il Sole 24 Ore, alle pagine 77 e 78, nel quale, in un certo senso ad integrazione del proprio storico provvedimento, nel descrivere il ruolo degli OCC, che come noto sono stati e rimangono ancora oggi disciplinati dal decreto ministeriale 202/2014, ha affermato che: "[...] l'OCC, nella sua più lata accezione, è un'articolazione di un ente pubblico territoriale: Comune, Provincia, Città metropolitana, Regione, Università, gli organismi di conciliazione presso le Camere di Commercio, il segretariato sociale di cui all'art. 22, comma 4, lett. a) della legge 8 novembre 2000 n. 328 e, infine, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai, anche quando associati tra loro. Ora, quest'ultima espressione ("anche quando associati tra loro") compare per la prima volta nella legge con riferimento agli ordini professionali, che notoriamente si occupano dei loro iscritti e non certo degli iscritti degli altri ordini. Questo inciso, invero, sta ad indicare una modalità operativa che dovrebbe essere considerata essenziale, sulla base di una felice intuizione del Legislatore, che ha pensato a rendere il più funzionale possibile l'OCC. Nell'ambito dell'OCC è preposto un referente, con il compito di smistare gli incarichi e, implicitamente, di compiere un'attività di indirizzo dell'operato dei gestori della crisi, i professionisti che si occuperanno di ciascun caso direttamente. Nella normalità dei casi, il sovraindebitato si rivolgerà ad uno degli ordini professionali più impegnati nel settore della crisi, quindi andrà dall'OCC dei commercialisti o da quello degli avvocati. Non sempre però il sovraindebitato avrà semplicemente bisogno di predisporre un piano di rientro che consista in poche operazioni matematiche, come il dipendente che metta a disposizione il quinto del suo stipendio, ad esempio. Più spesso, invece, si tratterà di redigere un piano di ristrutturazione vero e proprio, ed occorrerà quindi la competenza di un esperto contabile, cioè di un commercialista. D'altro canto, è inne-

gabibile che il ricorso presentato per l'accesso alla procedura di sovraindebitamento darà luogo ad un procedimento contenzioso (e non certo di volontaria giurisdizione) ed occorrerà il ministero di un avvocato, poiché si adisce un giudice, in base a criteri legali di competenza, si apre un processo di parti, con la presenza di contro interessati contraddittori (i creditori) e la concreta eventualità che sorgano incidenti (le opposizioni) che richiedano una pronuncia del giudice a dirimere i contrasti, che comunque conclude il rito con sentenza reclamabile: la presenza di un avvocato pare proprio necessaria, per cui risulta forse dettata da un eccesso di preoccupazione per i costi della procedura la scelta di consentire al consumatore sovraindebitato di fare a meno del legale (art. 68, comma 1). Ora, se viene adito un Occ forense, ed occorra un piano di ristrutturazione impegnativo, il gestore dovrà chiedere aiuto ad un commercialista esterno (e pagarlo secondo tariffa). Se viene adito un Occ dei commercialisti, e sorgono liti che richiedono la presenza dell'avvocato, questo andrà contattato esternamente (e pagato secondo tariffa). Se, invece, per ogni sovraindebitato viene costituita una task force di lavoro, di cui faccia parte un esperto contabile (commercialista), che redigerà il piano, ed un avvocato, che presenterà il ricorso al giudice, allora tutte le sinergie necessarie saranno comprese e si potrà fare riferimento, per i compensi, ai criteri stabiliti dal regolamento n. 202/2014, calmierati in ragione della funzione sociale dell'istituto e delle ridotte dimensioni della crisi (con la possibilità, nei casi più impegnativi, di liquidare i massimi). Con il che il consumatore sovraindebitato finirebbe per risparmiare se avesse da subito come Occ un avvocato (insieme al commercialista), perché lo pagherebbe non secondo tariffa, ma secondo regolamento n. 202/2014. Tipico caso di partenogenesi dei fini, se questo era il fine che ha animato la scelta di eliminare l'avvocato per i ricorsi del consumatore. Va chiarito che il professionista Occ (gestore della crisi) non ha a che fare con un suo cliente, ma con un soggetto che chiede di accedere al servizio giustizia. In tal senso, l'OCC fornisce, come soggetto privato, una prestazione di ausiliario alla giustizia. La tendenza legislativa alla degiurisdizionalizzazione ha infatti prodotto situazioni in cui si vede meno la presenza del giudice, tuttavia sostituito nei suoi compiti di garante della legalità da soggetti privati che debbono comunque operare nella logica del servizio pubblico, gli Ocrl e gli Occ"[30].

Il dott. Limitone, fornendo, si passi il termine, un'interpretazione "autentica" del proprio pensiero conglobato

[30] Limitone, *Crisi d'impresa – Le novità del Codice*, op. cit., pp. 77 e 78;

nello storico precedente del 29 aprile 2014 con il proprio ancor più recente contributo dottrinale, ritiene, pur implicitamente, che occorra, a questo punto, distinguere le due ipotesi, l'una in cui il debitore ricorrente si rivolga al Tribunale chiedendo la nomina di un professionista facente funzioni Occ, l'altra in cui si rivolga ad un organismo di composizione della crisi costituito sul territorio.

E in tale seconda ipotesi conclude che, pur essendo necessaria [si badi non "obbligatoria"] la presenza di un difensore, non è assolutamente necessaria la presenza di un ulteriore difensore, allorquando nell'organismo di composizione della crisi sia presente una *task force* tale da consentire al debitore di avvalersi, tanto di un avvocato quanto di un dottore commercialista, insieme. Tale precisazione sgretolerebbe il rischio di conflitto di interessi paventato da parte di giurisprudenza e dottrina.

Un'ultima considerazione, che appare ancora confermare la non necessità di un ulteriore difensore nel caso in cui nell'occ sia già presente un gestore della crisi legale, distinto dall'attestatore. Imporre al debitore un ulteriore difensore potrebbe minare l'applicabilità della [stessa legge n. 3/2012](#) e, dunque, compromettere, quanto meno potenzialmente, i summenzionati risvolti macro-economici che la procedura in esame sarebbe in grado di produrre. Imporre inoltre la presenza di un ulteriore difensore, senza che si abbia la certezza che il debitore possa accedere al patrocinio a spese dello Stato e senza tenere in considerazione, che, ove anche fosse possibile, il debitore potrebbe non disporre delle risorse necessarie per pagarsi autonomamente un proprio legale, potrebbe determinare la nefasta conseguenza che il debitore decida, proprio malgrado, di rinunciare alla procedura, pur avendone diritto.

Ora, l'effetto di ciò è ancora una ben spiegato dal dott. Limitone nel su esposto contributo, pagg. 70 e 71:

la [legge n. 3 del 2012](#), "oltre ad offrire a chi è incappato nell'usura una concreta possibilità di uscire dal cappio dello strozzinaggio, persegue un altro mirabile proposito. Attraverso l'esdebitazione ed il fresh start (la ripartenza o seconda possibilità, già caldeggiata dalla Commissione Europea con la sua raccomandazione del 12 marzo 2014), liberando dal gravoso peso dei debiti dei soggetti economicamente azzerati (anche e soprattutto dal punto di vista dell'economia nazionale, poiché non producono alcun reddito o producono un reddito non dichiarato o di mera sussistenza), la legge mira a favorire la ripresa economica nazionale con la rimessa in moto alla luce del sole di nuove attività produt-

tive con risultati indiscutibili macroeconomici, se si pensa che gli USA (dal 1984 con il *Bankruptcy Act – Chapters 7 e 13*) e la Germania (ove si contano 100.000 esdebitazioni l'anno), Paesi con economie nazionali tra le più forti del mondo, non lesinano certo nell'esdebitare i loro sovraindebitati. Ottenuta l'esdebitazione, infatti, è altamente probabile che la persona, ormai liberata del suo fardello, anche sul piano psicologico, riprenda o inizi un'attività economica palese produttiva di reddito, che metterà in moto a sua volta nuove iniziative (contratti, mutui, assunzioni, e così via), producendo ulteriori utilità economiche a livello locale. Proviamo a moltiplicare il risultato per i diversi milioni di sovra indebitati che esistono oggi in Italia, o almeno per buona parte di essi (non tutti inizieranno una nuova attività dopo l'esdebitazione) e capiremo la portata attesa del fenomeno. Gli effetti globali si faranno sentire senz'altro anche a livello macroeconomico: ecco a cosa serve la legge! Solo in Germania vengono concesse circa centomila esdebitazioni all'anno, e non è certo un Paese del Terzo Mondo: ci sarà pure un motivo se l'economia più forte d'Europa esdebita in modo così massiccio. Allora, se la legge ha finalità così pregevoli (antiusura e ripresa economica), ed in definitiva essa giova a tutta la nazione, deve essere preferibilmente applicata nella sua massima estensione, e dovrebbe essere interpretata, in tutti i casi dubbi, secondo il criterio guida per cui essa trovi applicazione, piuttosto che non la trovi: *potius ut valeat quam ut perat*"[31].

L'ultimo tema che si intende qui affrontare è se la mancanza di una ulteriore difesa possa in qualche modo compromettere l'indipendenza del gestore della crisi, con le funzioni di attestatore. A tal riguardo, si ritiene che la lettura dell'[art. 11 del d.m. n. 202 del 2014](#), possa escludere tale rischio, atteso che la disposizione citata, nel delineare la nozione di indipendenza del gestore, specifica che: "il gestore della crisi è indipendente quando non è legato al debitore e a coloro che hanno interesse all'operazione di composizione o di liquidazione da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza".

4. Conclusioni

In conclusione, si ritiene che la difesa tecnica nell'ambito delle procedure di composizione della crisi come disciplinate dalla [Legge n. 3/2012](#) non debba ritenersi obbligatoria, nel senso di prescritta a pena di nullità, non risultando, ad avviso di chi scrive, presenti validi appigli normativi per sostenere tale affermazione, bensì necessaria, nel

[31] Limitone, *Crisi d'impresa – Le novità del Codice*, op. cit., pp. 70 e 71;

diverso senso di opportuna, al fine di realizzare la primaria esigenza di consentire al debitore, allorquando il procedimento dovesse assumere un carattere contenzioso in senso stretto, di poter esercitare il proprio diritto di difesa costituzionalmente garantito *ex art. 24 Cost.* Si ritiene, inoltre, che la difesa tecnica, non solo sia necessaria, ma sia altresì “ulteriore” rispetto a quella eventualmente fornita dal professionista facente funzioni di *occ o da un gestore della crisi* rappresentati da un legale, al fine di poter così ben realizzare l’ulteriore seconda esigenza di evitare che l’organismo designato assuma ruoli contrapposti (di consulenza e di attestazione) potenzialmente contrapposti.

In medias res, si ritiene che la difesa tecnica ulteriore possa non essere necessaria solo nell’ipotesi in cui il debitore si rivolga ad un organismo di composizione della crisi, che sia articolato, al suo interno, con una composizione collegiale, vale a dire attraverso la nomina, da parte del Referente, di un gestore della crisi, con funzioni di consu-

lente del debitore, nella persona di un avvocato, e di un altro gestore della crisi, con funzioni di attestatore, nella persona di un dottore commercialista. La composizione collegiale dei gestori ideata dal già Presidente del Tribunale di Torino, dott. Panzani altro non rappresenta se non un’ulteriore garanzia, per tutti, debitore, creditori e giudice delegato stesso, per evitare potenziali conflitti di interesse e per fornire il tanto e già auspicato, da parte del dott. Limitone, servizio di “*ausiliario di giustizia*” e “*garante della legalità*”.

Tale è la soluzione, ad avviso di chi scrive, auspicabile.

D'altronde, si auspica che, servendosi del prezioso strumento fornito dalla *Legge delega n. 20/19*, il Governo possa modificare anche il *codice della crisi*, relativamente a tale aspetto, prevedendo per tutte le procedure l’obbligo di assistenza tecnica solo in tutti i quei casi in cui, in seno all’organismo di composizione della crisi, non sia presente un legale diverso dal gestore della crisi con funzioni di attestatore.

ESPROPRIAZIONE IMMOBILIARE

Brevi note sul versamento del prezzo nell'espropriazione immobiliare

di Beatrice Ficarelli

DEL 28 AGOSTO 2019

Sommario

1. Considerazioni introduttive
2. La riforma del 2015
3. Riflessioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

La principale obbligazione dell'aggiudicatario nella vendita forzata è rappresentata dal versamento del saldo del prezzo di aggiudicazione, costituito dalla differenza tra il prezzo stesso e la cauzione versata all'atto della presentazione dell'offerta. Esso, invero, rappresenta la condizione necessaria e imprescindibile per il perfezionamento della vendita forzata e, dalla sua prestazione, dipende l'emissione del decreto di trasferimento.

Secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina prevalente infatti, il trasferimento dell'immobile oggetto di vendita forzata è l'effetto di una fattispecie complessa costituita dall'ordinanza di aggiudicazione, dal successivo versamento del prezzo e dall'emissione del decreto di trasferimento^[1].

Proprio in considerazione della funzione svolta dal pagamento del prezzo, sia l'ordinanza di aggiudicazione che il decreto di trasferimento debbono essere revocati dal giudice dell'esecuzione quando venga accertato il mancato versamento integrale del prezzo di aggiudicazione con le modalità indicate nell'ordinanza di vendita.

Ne consegue che il decreto di trasferimento eventualmente emesso dal giudice dell'esecuzione, in caso di mancato versamento del prezzo integrale da parte dell'aggiudicatario, è affetto da nullità assoluta da far valere con lo stru-

mento tipico dell'opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'[art 617 c.p.c.](#)^[2] Su questa premessa, di particolare interesse sono le novità che negli ultimi anni hanno riguardato l'istituto in oggetto, ridisegnandone la fisionomia e generando, stante lo stringato dettato normativo, una serie pressoché indefinita di problematiche di grande rilevanza pratica.

2. La riforma del 2015

Gli interventi succitati, come noto, si collocano nel più ampio quadro delle riforme che hanno interessato il processo esecutivo nel 2015 per effetto della [l. n. 132 del 06.08.2015](#) in cui è stato convertito il [d.l. 27.06.2015 n. 83](#). Qualche attento commentatore ha subito definito l'espropriazione immobiliare a seguito di tali interventi come accelerata, conveniente, rateizzata e cameralizzata^[3].

La qualificazione relativa alla rateizzazione, unitamente ai profili relativi alla conversione del pignoramento che esula dalla nostra indagine, riguarda precisamente il versamento del prezzo nell'espropriazione immobiliare. Ciò nonostante esso possa apparire ad una indagine superficiale e non tecnica quale istituto scevro da particolari problematiche.

Partendo dagli essenziali riferimenti normativi dell'istituto, la prima disposizione interessata dalla riforma è rap-

[1] Vedi ad esempio Cass n. 15222/2005.

[2] Vedi Cass. n. 17460/2007.

[3] Vedi Farina, *L'ennesima espropriazione immobiliare "efficiente" (ovvero accelerata, conveniente, rateizzata e cameralizzata)*, in *Riv. dir. proc.*, 2016 127 e ss.

presentata dall'[art. 569 c.p.c.](#) comma 3 e 4 (norma che come noto, nel suo complesso, disciplina il provvedimento per l'autorizzazione alla vendita da parte del giudice dell'esecuzione).

Ai sensi di tale disposizione come riformata nel 2015, circa la vendita senza incanto – che dopo le ultime riforme, è divenuta la regola ex artt. [503](#) e [569 c.p.c.](#) –, nel provvedimento che fissa la vendita deve essere indicato il termine per il versamento del prezzo in una misura non superiore a 120 giorni.

Quando ricorrono giustificati motivi il giudice può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente ed entro un termine non superiore a 12 mesi.

La collocazione della norma fa carico al giudice di specificare già nell'ordinanza di vendita le ragioni che lo hanno indotto a prevedere la rateizzazione, non essendo sufficiente l'adozione di formule generiche.

A tale proposito si è subito chiarito che la rateizzazione del saldo del prezzo non può dunque disporsi in una fase più avanzata della procedura, né a favore di un determinato soggetto e ciò per il necessario rispetto dell'uguaglianza e della parità di condizioni tra tutti i potenziali partecipanti.

L'ordinanza del G.E. deve sempre recare l'indicazione dell'importo nonché la scadenza di ogni singola rata e il termine, non superiore a 12 mesi, per il versamento dell'ultima. Nonostante la legge nulla dica, ai termini per il versamento del saldo del prezzo deve riconoscersi natura perentoria. Il giudice non può prorogarli a causa della necessaria immutabilità delle iniziali condizioni di vendita.

Queste ultime, svolgendo una funzione decisiva nelle determinazioni degli offerenti, debbono essere conoscibili dall'inizio della fase di vendita e restare invariate fino al decreto di trasferimento[4].

Completano la disciplina della rateizzazione del saldo le modifiche apportate all'[art. 574 c.p.c.](#) sulle modalità di versamento e all'[art. 587 c.p.c.](#) sulla decadenza dell'aggiudicatario.

Ai sensi dell'[art. 574 c.p.c.](#), nella consapevolezza che l'immissione dell'aggiudicatario nel possesso dell'immobile prima del versamento del saldo espone la procedura a rischi notevoli, il giudice dell'esecuzione autorizza tale immissione nel possesso a condizione che sia prestata una fideiussione “autonoma, irrevocabile e a prima richiesta” a cura di banche, società assicuratrici o intermediari finanziari, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione per un importo di almeno il trenta per cento del prezzo di vendita.

La fideiussione – che rappresenta la *condictio sine qua non* perché l'aggiudicatario consegua il possesso – è esclusa dal custode o dal professionista delegato previa autorizzazione del giudice[5]. La fideiussione è prestata anche a garanzia del risarcimento dei danni eventualmente arrecati all'immobile[6].

Infine circa il novellato [art. 587 c.p.c.](#), esso prevede che se il prezzo non venga depositato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione dichiara con decreto la decadenza dell'aggiudicatario, pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa, e quindi dispone un nuovo incanto. Oltre all'ipotesi di mancato versamento del prezzo la novella del 2015 ha previsto costituire fonte di decadenza dell'aggiudicatario il mancato pagamento anche di una sola rata entro dieci giorni dalla scadenza, nel qual caso il giudice dell'esecuzione deve disporre anche la perdita a titolo di multa delle rate già versate.

La *ratio* dell'istituto è certamente quella di garantire la regolarità e la certezza dell'esecuzione che sarebbe altrimenti rimessa al mero arbitrio delle parti quanto ai tempi di definizione.

3. Riflessioni conclusive

Come è stato immediatamente rilevato, dai primi commentatori della riforma del 2015, la possibilità di rateizzazione del saldo-prezzo non pare di spiccata convenienza: il termine di 12 mesi non è infatti particolarmente significativo e competitivo rispetto ai tempi di restituzione

[4] Così testualmente Cass. [29 maggio 2015, n. 11171](#) e Sez. un. [12 gennaio 2010 n. 262](#) che fanno derivare la natura perentoria del termine dalla sua funzione, con la conseguenza che può essere perentorio anche in assenza di una qualificazione specifica in tal senso. In dottrina v. ancora Farina “*L'ennesima espropriazione immobiliare*”, cit., 136 e ss.

[5] Rileva Farina (*op. cit.* 137) che poiché le caratteristiche e l'importo della fideiussione non rientrano nella discrezionalità del giudice, sembra opponibile, ai sensi dell'[art. 617 c.p.c.](#), il provvedimento che autorizza l'immissione dell'aggiudicatario nel possesso del bene, laddove la fideiussione non sia stata prestata ovvero differisca dalle prescrizioni normative.

[6] Se sono stati cagionati danni all'immobile o in caso di mancato rilascio, la fideiussione dovrebbe potersi escutere anche qualora dopo l'immissione in possesso dell'aggiudicatario, il giudice sospenda la vendita ex [art. 586 c.p.c.](#) ovvero in tutte quelle ipotesi di mancata pronuncia o revoca del decreto di trasferimento.

dei mutui bancari, e il pagamento rateale espone la procedura alla certezza dell'allungamento dei tempi processuali e al rischio del mancato pagamento del prezzo cui ha fatto fronte la immissione in possesso dell'aggiudicatario con aggravio di spese e costi della procedura che dovrà impegnarsi nella liberazione del bene dall'aggiudicatario inadempiente.

Inoltre, poiché la misura della rateizzazione va adottata dal giudice e non dal delegato, in sede di ordinanza di de-

lega non è escluso che fin dall'ordinanza stessa si neghi la possibilità della rateizzazione del saldo-prezzo con la motivazione che essa non corrisponde alle esigenze di celerità del processo ed agli interessi delle parti processuali ad una sollecita distribuzione del ricavato della vendita, interessi che sopravvivono in un doveroso bilanciamento quelli dei potenziali aggiudicatari a conseguire una modesta dilazione del termine per il versamento del prezzo stesso^[7].

[7] Così Ghedini – Mazzagardi, *Il custode e il delegato alla vendita nel processo esecutivo immobiliare*, III ed., Milano, 2017, 319 e ss.

Le Pagine de L' AULA CIVILE

Visita l'Aula Civile on line: www.aulacivile.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Angelo Lupoi

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

Alessio Antonelli

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

Massimiliano Bina

~~Dopo essersi laureato in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano nel 2002 ha conseguito, nel 2009, il titolo di Dottore di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso la stessa Università discutendo una tesi dal titolo «Tutela provvisoria e stabilità dei provvedimenti». È 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, Massimiliano 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.~~

Sara Brazzini

Laureata in giurisprudenza, esercita la professione di Avvocato presso il foro fiorentino ed è autrice di diverse pubblicazioni su alcune riviste giuridiche. Si occupa principalmente di responsabilità medica, tutela della persona, diritto di famiglia e delle successioni.

Elena Briganti

Laureata in giurisprudenza presso l'Università di Bologna, Campus di Ravenna, con una tesi in diritto processuale tributario e civile dal titolo "La sospensione del processo tributario".

Svolge la pratica forense in uno studio di Ravenna ove si occupa principalmente di diritto civile, trattando di esecuzione forzata, responsabilità medica e diritto di famiglia.

Emanuele Caimi

Laurea, *summa cum laude*, in giurisprudenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. 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 autorizzata e di una società finanziaria per la quale è in corso il procedimento d'autorizzazione.

Andrea Casavola

Dottore di ricerca in diritto privato e avvocato presso lo studio Lipani Catricalà & Partners, dove si occupa di contenzioso civile, societario e bancario.

Carlo Edoardo Cazzato

Avvocato, è coordinatore della *practice* di Antitrust & Regulatory dello studio legale Lipani Catricalà & Partners e si occupa in prevalenza di *public e private enforcement*.

Sara Corradi

Avvocato, ha conseguito la laurea in Giurisprudenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza e il titolo di Dottore di ricerca in diritto dei mercati finanziari presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Si occupa prevalentemente di diritto commerciale e civile e collabora con diverse riviste pubblicando contributi in tema di diritto dei mercati finanziari, diritto societario e diritto processuale civile.

Chiara Cracolici

Avvocato, iscritto all'albo dell'ordine degli avvocati di Torino, specializzato in materia di procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinate dalla L. n. 3/2012. Fondatore, insieme all'Avv. Alessandro Curletti, dello Studio Legale Cracolici Curletti di Torino. ~~Dopo aver acquisito i necessari requisiti di qualificazione professionale, svolge le funzioni di Gestore della crisi e di referente di un gruppo di lavoro presso La Rinascita degli Onesti, l'organismo di composizione della crisi istituito, quale articolazione interna, dal Comune di Villastellone. Autrice di diversi saggi e articoli in materia di sovraindebitamento, svolge attività di docenza, nell'ambito di convegni e corsi di perfezionamento universitari per gestori della crisi.~~

Alessandro Curletti

Avvocato e dottore di ricerca, iscritto all'albo dell'ordine degli avvocati di Torino, specializzato in materia di procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinate dalla L. n. 3/2012. Fondatore, insieme all'Avv. Chiara Cracolici, dello Studio Legale Cracolici Curletti di Torino. ~~Dopo aver acquisito i necessari requisiti di qualificazione professionale, svolge le funzioni di Gestore della crisi presso La Rinascita degli Onesti, l'organismo di composizione della crisi istituito, quale articolazione interna, dal Comune di Villastellone. Autore di diversi saggi e articoli in materia di sovraindebitamento, svolge attività di docenza, nell'ambito di convegni e corsi di perfezionamento universitari per gestori della crisi.~~

Alessia D'Addazio

Si laurea, *cum laude*, in giurisprudenza presso l'Università La Sapienza di Roma nel novembre 2016. Da ottobre 2017 Alessia svolge il Dottorato di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso la stessa Università La Sapienza di Roma. È autrice di articoli e contributi pubblicati in varie riviste scientifiche in materia di diritto processuale civile. Collabora con uno Studio legale romano nei settori del contenzioso in materia civile e commerciale e della crisi di impresa.

Francesca Ferrari

Professore associato di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi dell'Insubria.

È stata *visiting professor* alla Harvard Law School ed all'Università di Maastricht.

È membro del Comitato di redazione della *Rivista di diritto processuale* e della rivista *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo* nonché della rivista *on-line Aula Civile*.

~~Francesca è regolarmente invitata come relatore a convegni e conferenze in materia di diritto processuale civile e di diritto della proprietà intellettuale.~~

È autrice di due monografie, uno studio di diritto comparato in materia di istruzione probatoria e un volume dedicato al sequestro industriale, e di un numero considerevo-

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.

Le Pagine de

AC | L' AULA CIVILE

Visita l'Aula Civile on line: www.aulacivile.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Angelo Lupoi

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

le di pubblicazioni minori sia in lingua italiana che in lingua inglese.

~~Ha cominciato l'attività professionale nel 1997 e, nel corso della stessa, ha collaborato, anche quale partner, nell'IP department di due studi di rilievo di Milano. Attualmente è socio dello studio Eptalex.~~

Beatrice Ficarelli

~~Laureata con 110/110 e lode presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze, dopo aver conseguito il Dottorato di ricerca, Beatrice Ficarelli è divenuta Ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo.~~

Attualmente è Professore Associato in Diritto processuale civile presso il Dipartimento Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena.

Membro dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile e del comitato scientifico e di redazione di riviste specializzate in Diritto processuale civile, ~~oltre all'attività didattica svolta quale Professore Associato, ha tenuto e tiene lezioni e corsi in Diritto processuale civile presso varie Scuole di specializzazione per le professioni legali (Master II° livello) nonché organizzato Corsi di Alta Formazione post-universitaria. Specializzata in diritto processuale civile comparato, tra i suoi lavori principali si annoverano le due monografie "Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale", Napoli, 2011 e "Esibizione di documenti e discovery", Torino, 2004.~~

Lucilla Galanti

Avvocato dal 2015, dottore di ricerca in Istituzioni e mercati, diritti e tutele (Università di Bologna) dal 2017. È attualmente assegnista di ricerca presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Elisa Giardini

Dopo essersi laureata nel 2002, *cum laude*, in giurisprudenza presso l'Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna, con una tesi dal titolo "Legislazione ordinaria e statuto della convivenza", ha conseguito l'abilitazione alla professione forense e dal 2006 è iscritta all'Albo degli Avvocati di Ravenna, città nella quale lavora. Ha acquistato un Master Universitario di I° Livello in "Diritto dell'Ambiente – La gestione dell'ambiente" a.a. 2008/2009 presso Università Ca' Foscari di Venezia. Dipartimento di Scienze Giuridiche, con elaborato finale dal titolo: "L'art. 137 c. 5 e 6 del Codice dell'Ambiente: superamento valori – limite tabellari tra sanzione amministrativa e sanzione penale".

Giovanni Genova

Avvocato cassazionista del Foro di Bologna e titolare dello Studio Legale Genova. È stato relatore di numerosi convegni a livello locale e nazionale per la formazione degli Avvocati e docente in numerosi corsi per Allievi Agenti della Polizia di Stato, oltre ad aver redatto alcuni articoli pubblicati in riviste specializzate di settore giuridico. Da oltre dieci anni è socio di Avvocatura per i Diritti LGBTI – Rete Lenford, della quale ha ricoperto per quasi un triennio l'incarico di Vice Presidente nazionale e di cui, attualmente, è membro della Segreteria Scientifica.

Michele Angelo Lupoi

È professore associato di diritto processuale civile presso l'Università di Bologna e avvocato civilista del foro di Bologna. Vanta molte pubblicazioni in materia di diritto processuale di famiglia, contenzioso transfrontaliero, procedimenti sommari.

Pier Paolo Muia

Laureato in Giurisprudenza, con 110 e lode, ed esercita la professione di avvocato tra Firenze, Prato e Pistoia, occupandosi in particolare di diritto di internet, privacy e IP nonché responsabilità medica. È autore di diverse monografie sulle materie di sua competenza nonché di numerose pubblicazioni sulle principali riviste giuridiche nazionali ed è referente di dette materie per il portale telematico giuridico Diritto.it.

Alessandro Nascosi

È professore associato di Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara. Ha svolto attività di ricerca approfondendo le tematiche connesse al diritto processuale della famiglia, alle misure coercitive e in materia di esecuzione forzata. Su questi temi ha all'attivo numerose pubblicazioni e tre monografie. Ha tenuto varie relazioni e seminari a convegni svolti sul territorio nazionale.

Giacomo Paili

Assegnista e dottore di ricerca nell'Università di Firenze, ha conseguito un Master of Laws (LL.M.) alla New York University ed è avvocato ammesso in Italia e nello Stato di New York. Si interessa di tematiche di diritto processuale comparato, diritto processuale europeo ed international litigation. Su questi temi ha pubblicato ed è stato relatore in Italia e all'estero.

Caterina Pasini

Ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto processuale civile presso l'università di Bologna con una tesi in materia di insolvenza transfrontaliera. È docente a contratto in Diritto processuale civile e diritto processuale dell'impresa presso la Scuola di Giurisprudenza della Facoltà di Bologna. Ha svolto periodi di ricerca in Francia (Université Sorbonne) e negli Stati Uniti (Berkeley UC). Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile e di famiglia.

Mattia Polizzi

Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria (Varese e Como), cultore delle materie di diritto processuale civile presso il Di.D.E.C. e di diritto fallimentare presso il Di.ECO del medesimo Ateneo. Ambito di ricerca e studio: processo civile ordinario, processi cautelari e sommari, esecuzione forzata, diritto fallimentare.

Duccio Romei

Dottore in giurisprudenza e praticante avvocato.

Caterina Silvestri

È professore associato alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze, settore scientifico-disciplinare Diritto processuale civile, dove insegna Sistemi processuali e tutela dei diritti, Teoria generale del processo e Diritto processuale civile europeo. È avvocato civilista dal 1993.

Alberto Villa

Professore associato di Diritto processuale civile, professore di Diritto fallimentare e di Comparative civil and commercial procedure nell'Università degli Studi di Milano - Bicocca. Autore di due monografie e di numerose pubblicazioni nelle materie del diritto processuale civile e del diritto della crisi delle imprese. Avvocato ammesso al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori.

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.