

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

10 2019

ottobre

IN QUESTO NUMERO:

COMPETENZA E MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

DELIBAZIONE DELLE SENTENZE STRANIERE E RUOLO DEL PM

LOCAZIONE, INADEMPIMENTO E COMPETENZA

DEONTOLOGIA E PROCESSO

HOSTING PROVIDER E RESPONSABILITA'

CREDITI COMMERCIALI E POSTERGAZIONE

CANCELLAZIONE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE

GIUDICATO IMPLICITO

ESECUZIONE FORZATA E UNIONE EUROPEA]

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

10 2019

ottobre

IN QUESTO NUMERO:

COMPETENZA E MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

DELIBAZIONE DELLE SENTENZE STRANIERE E RUOLO DEL PM

LOCAZIONE, INADEMPIMENTO E COMPETENZA

DEONTOLOGIA E PROCESSO

HOSTING PROVIDER E RESPONSABILITA'

CREDITI COMMERCIALI E POSTERGAZIONE

CANCELLAZIONE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE

GIUDICATO IMPLICITO

ESECUZIONE FORZATA E UNIONE EUROPEA]

**MAGGIOLI
EDITORE**

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

ISSN 2612-8047

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

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

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

Maggioli S.p.a.

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

Sommario

COMPETENZA E MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

- 5** La competenza per la nomina del tutore del minore straniero non accompagnato ancora al vaglio della Corte di cassazione
di Concetta Marino

PROVA SCIENTIFICA

- 10** Riflessioni sulla prova scientifica nel processo civile e in quello amministrativo
di Roberto Bonatti

DELIBAZIONE DELLE SENTENZE STRANIERE E RUOLO DEL PM

- 16** Il giudizio di delibazione delle sentenze straniere che accertano i rapporti di stato: qual è il ruolo del Pubblico Ministero?
di Francesco Martire

LOCAZIONE, INADEMPIMENTO E COMPETENZA

- 22** Canoni di locazione insoluti? La competenza spetta al tribunale (Nota a Cass. civ., ordinanza 30 luglio 2019, n. 20554)
di Alessandro Nascosi

RESPONSABILITÀ PER COSE IN CUSTODIA

- 26** Responsabilità per cose in custodia: la prova della conoscenza da parte del danneggiato del dissesto stradale esclude la responsabilità del Comune
di Mattia Polizzi

CONCORDATO PREVENTIVO

- 30** Considerazioni sparse in tema di concordato preventivo nel codice della crisi
di Alessandro Petronzi

MODIFICAZIONE DELLA DOMANDA

- 34** La modificazione della domanda. Le linee interpretative recenti della Corte di Cassazione
di Cinzia Gamba

DEONTOLOGIA E PROCESSO

- 37** In difesa del dott. Azzecca-garbugli
di Massimiliano Bina

HOSTING PROVIDER E RESPONSABILITÀ

- 41** L'abrogazione tacita e retroattiva dell'irresponsabilità dell'hosting provider (Nota a Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 12 luglio-27 giugno 2019)
di Francesca Ferrari

PRESUNZIONI SEMPLICI

- 47** Il sindacato della Corte di Cassazione sulle presunzioni semplici
di Mirco Minardi

CANCELLAZIONE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE

- 51** La cancellazione della società dal registro delle imprese e gli effetti sui procedimenti pendenti
di Beatrice Irene Tonelli

GIUDICATO IMPLICITO

- 56** Il giudicato implicito sulla qualificazione giuridica della domanda e la legittimazione ad agire dei fratelli postumi per il risarcimento del danno causato da colpa medica al fratello nato invalido (Nota a Cass. civ. Sez. III, 12 aprile 2018 n. 9048)
di Martina Mazzei

PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

- 60** Ammissibilità delle procedure di composizione della crisi da sovra indebitamento di cui alla legge n. 3/2012 da parte dei soci illimitatamente responsabili di società di persone (Nota al Tribunale di Rimini, Sezione Civile, decreto del 27.06.2019)
di Stefano Barbiani

ESECUZIONE FORZATA E UNIONE EUROPEA

- 63** L'esecuzione forzata nella prospettiva UE. Il caso Al Bosco: sovvertiti i principi alla base dello spazio giudiziario europeo?
di Caterina Silvestri

ABUSO DEL PROCESSO

- 66** L'abuso del processo e la conseguente responsabilità aggravata ex art. 96 comma 3 c.p.c., anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 139 del 6 giugno 2019
di Giulia Baruffaldi

ESPROPRIAZIONE DEI CREDITI CONDOMINIALI

- 69** L'espropriazione dei crediti condominiali e la natura giuridica del condominio negli edifici: un dialogo tra diritto processuale e diritto sostanziale
di Gianni Ghinelli

COMPETENZA E MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

La competenza per la nomina del tutore del minore straniero non accompagnato ancora al vaglio della Corte di cassazione

di Concetta Marino

DELL'1 OTTOBRE 2019

Sommario

1. La diarchia tra giudice ordinario e specializzato nel sistema della giustizia minorile genera un nuovo conflitto di competenza
2. La decisione della Corte di cassazione
3. La nomina del tutore del minore straniero non accompagnato nell'art. 19 del d.lgs. n. 142 del 2015 ante riforma
4. La riforma dell'art. 19, comma 5 del d.lgs. n. 142 del 2015 e l'attribuzione al giudice specializzato minorile della competenza a decidere della nomina del tutore al MSNA
5. Incertezze sullo status di «non accompagnato» del minore straniero nel caso esaminato dalla S.C.

1. La diarchia tra giudice ordinario e specializzato nel sistema della giustizia minorile genera un nuovo conflitto di competenza

Con l'ordinanza [3 aprile 2019 n. 9199](#), la VI sezione civile della Corte di cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina di un tutore per un minore straniero sbarcato nel nostro Paese senza i genitori. Il regolamento giunge all'esame della S.C. per iniziativa del tribunale minorile di Torino, investito della questione dal giudice tutelare del tribunale di Novara, dichiaratosi incompetente a fronte della richiesta di un cittadino albanese, già dimorante in Italia, ad essere nominato tutore del fratello minore, allontanatosi dal proprio paese d'origine con il consenso dei genitori.

Il giudice tutelare declina la competenza ritenendo che, in applicazione dell'[art. 2, comma 1 lett. b\) del d.lgs. n. 220 del 2017](#)^[1], di modifica dell'[art. 26, comma 5 del d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25](#) e dell'[art. 19, comma 5 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142](#), la competenza a decidere della nomina di un tutore per il minore straniero non accompagnato spetta or-

mai in via esclusiva al tribunale specializzato minorile. Ma è proprio su questo punto che si genera il conflitto negativo di competenza sottoposto al giudizio della S.C., dato che la presenza in Italia del fratello maggiore induce i giudici del tribunale minorile: a ritenere il tutelando non qualificabile come minore straniero “non accompagnato”, in base alla definizione contenuta nell'[art. 2 della l. n. 47 del 2017](#), e a declinare a propria volta la competenza a favore del giudice tutelare. Per i giudici torinesi il fratello maggiore possiederebbe le condizioni morali ed economiche per provvedere alla crescita e all'educazione del minore, risultando inoltre da un atto notarile redatto nel paese d'origine la volontà dei genitori di affidare il minore al fratello maggiore dimorante in Italia. Nonostante la sua brevità, l'ordinanza in epigrafe merita d'essere segnalata non soltanto per il tenore della decisione, ma anche perché riguarda un tema di estrema attualità, qual è quello della protezione e della tutela dei minori stranieri che ancora numerosi giungono irregolarmente nel nostro paese^[2].

[1] Il cui scopo, come risulta dal titolo, è quello di dettare: “Disposizioni integrative e correttive del [decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142](#)”.

[2] Per comprendere la drammaticità del fenomeno basta consultare i *reports* statistici pubblicati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, relativi ai dati sui minori stranieri non accompagnati segnalati in Italia. A questi si aggiunge, ogni biennio, l'indagine nazionale, promossa dall'ANCI, che coinvolge tutti i Comuni italiani chiamati a prestare accoglienza e tutela ai minori non accompagnati, tra i quali bisogna poi distinguere, anche al fine delle modalità dell'accoglienza, tra coloro che richiedono la protezione internazionale e coloro che invece non ne fanno richiesta. Dai dati forniti dal Ministero del lavoro risulta che alla data del 31 dicembre 2018 i minori non accompagnati presenti e censiti in Italia sono 10.787. Nello stesso Report la Direzione generale dell'immigrazione e delle politi-

Ricordiamo che il fenomeno ha assunto dimensioni tali da indurre il Parlamento ad approvare la [L. 7 aprile 2017, n. 47](#), in vigore dal 6 maggio dello stesso anno, recante “Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”[3]. La nuova legge si apre riconoscendo ai minori non accompagnati il godimento di diritti per la loro protezione al pari dei minori con cittadinanza italiana[4] o dell’Unione europea, considerata la «condizione di maggiore vulnerabilità» in cui versano. A tal fine si intende garantire al minore una figura di riferimento capace di supportarlo durante il doloroso e farraginoso percorso che egli dovrà intraprendere dopo aver raggiunto il territorio italiano, qual è appunto quella del tutore, la cui nomina dovrebbe avvenire in tempi quanto più possibile brevi[5].

La [l. n. 47 del 2017 all’art. 2](#) da una definizione di minore straniero non accompagnato in parte coincidente con quella già contemplata nell’[art. 2 lett. e\) del d.lgs. n. 142 del 2015](#), c.d. decreto sull’accoglienza, con il quale, come noto, si è

data attuazione alla [direttiva 2013/33/UE](#) recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché alla [direttiva 2013/32/UE](#), recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale. Minore straniero non accompagnato è il “*Minorenne non avente cittadinanza italiana o dell’Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell’ordinamento italiano*”.

2. La decisione della Corte di cassazione

È proprio all’[art. 2 della legge n. 47 del 2017](#) che i giudici della S.C. si riferiscono nell’ordinanza in commento per qualificare il minore straniero, della cui tutela si tratta, come non accompagnato, che è tale quando sia privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori e di altri adulti legal-

che per l’integrazione operante presso il Ministero del lavoro indica in 5.229 il numero dei minori per i quali è stato segnalato dalle autorità competenti l’allontanamento.

[3] La legge, approvata definitivamente alla Camera il 29 marzo 2017 dopo tre anni di lavori parlamentari, dà innovativa e ordinata disciplina alla tutela dei minori stranieri non accompagnati, fino a quel momento affidata a regole frammentarie e disperse in una serie di norme di diversa natura (nazionali, internazionali ed europee), seppur tutte accomunate dall’esigenza di proteggere l’interesse superiore del minore. Così accanto alle norme in materia di affidamento familiare e di adozione, ricordo, senza pretesa di completezza: il [D.Lgs. n. 286/1998](#) recante il T.U. sull’immigrazione; il [D.P.C.M. n. 535/1999](#) per il regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, le cui funzioni sono state trasferite, con la [L. 7 agosto 2012, n. 135](#), alla Direzione Generale dell’Immigrazione e delle Politiche di Integrazione presso il Ministero del Lavoro; la [legge quadro 328/2000](#) per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali; oltre alle numerose circolari e direttive ministeriali che sono state approvate in materia. A questa situazione di incertezza ha tentato di porre qualche rimedio già il [D.Lgs. n. 142/2015](#) con l’introduzione di una disciplina specifica per l’accoglienza dei minori non accompagnati, distinguendo chiaramente, nei commi 1, 2 e 3 dell’art. 19, tra prima e seconda accoglienza. Per un’attenta ricostruzione della disciplina previgente Pricoco, *Per una ricognizione delle prime esperienze applicative del D.Lgs. 18 agosto 2015 n. 142*, in *Minorigiustizia*, 2018, p. 106. Sulla [legge n. 47 del 2017](#) v. Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 385 e ss.

[4] Pur trattandosi di un’equiparazione già nota in virtù di quanto disposto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia e resa esecutiva con [L. n. 176/1991](#), ugualmente la pregevolezza di tale equiparazione viene evidenziata da Cordiano, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1300.

[5] Ricordiamo come quella del tutore sia una figura determinante per favorire l’inserimento del minore nel nostro paese. Il ruolo del tutore è particolarmente gravoso e richiede molteplici competenze. Basti ricordare che spetta al tutore: informare il minore degli esami socio-sanitari cui deve essere sottoposto per l’accertamento della sua età anagrafica ([art. 5, comma 1 l. n. 47/2017](#)); avanzare nel nome del rappresentato istanza per il permesso di soggiorno o per richiedere protezione internazionale ([art. 6, comma 3 l. n. 47/2017](#)). Ancora il suo ruolo è determinante affinché il minore straniero possa effettivamente godere dei diritti fondamentali ed in special modo di quello alla salute (provvedendo alla sua iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale ex [art. 14, comma 2 l. n. 47/2017](#)), all’istruzione. Spetta al tutore partecipare in nome e per conto del minore rappresentato a tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari che lo riguardano ([art. 15, comma 1 l. n. 47/2017](#)) ed informarlo dell’opportunità di nominare un legale di fiducia ([art. 16, comma 1 l. n. 47/2017](#)). Nonostante la complessità del ruolo, il carattere volontario della tutela implica la gratuità delle funzioni rimesse al tutore, non essendo previsto alcun compenso a carico dello Stato, né potendosi ritenere applicabile la previsione di un’equa indennità, così come disposto dall’[art. 379, comma 2 c.c.](#) A quest’ultimo riguardo va ricordata la sentenza [n. 218 del 29 novembre 2018](#), con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata proprio con riferimento agli artt. [11](#) e [21](#) della l. n. 47 del 2017 considerati dal giudice remittente in contrasto con l’[art. 3 della Cost.](#), proprio per l’inapplicabilità dell’[art. 379, comma 2 c.c.](#) in caso di tutela del minore straniero non accompagnato. La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2019, 383 e ss. con nota di Polisenio, *La tutela «speciale» del minore straniero non accompagnato e la mancata previsione di un’equa indennità*, la quale auspica che pur senza riconoscere un compenso retributivo per l’ufficio della tutela, che è e deve rimanere a carattere volontario, sia il sistema pubblico di accoglienza a preoccuparsi di apprestare forme di supporto effettivo all’attività prestata dai tutori volontari, prevedendo almeno una pratica di rimborso per le spese sostenute.

mente responsabili in base alle leggi dell'ordinamento italiano. Viene a tal fine valorizzato l'uso della congiunzione «e» che indicherebbe «la necessaria concorrenza di entrambe le condizioni: la prima, relativa al profilo dell'assistenza materiale, intesa come assenza di soggetti che abbiano la cura, la custodia e assicurino il benessere del minore; la seconda, relativa al profilo della rappresentanza legale, intesa come assenza di soggetti che rappresentino il minore e per questo siano formalmente responsabili»[6]. Dunque è il concorrere di entrambe le circostanze, dell'assistenza e della rappresentanza del minore sul territorio nazionale a consentire di ritenere il minore come “accompagnato”, escludendo così la nomina di un tutore.

Nel caso di specie, secondo la Corte di cassazione, sarebbe mancata la rappresentanza legale in capo al fratello maggiore già dimorante in Italia che, «in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano», è conferita unicamente ai genitori, ai quali non è consentito di delegarla in forma privatistica ad altri soggetti, neppure a parenti prossimi, qual è il fratello. Per questa ragione si renderebbe necessaria la nomina di un tutore che possa adoperarsi per far applicare gli istituti apprestati dal nostro ordinamento a tutela del minore, oltre che per presentare eventualmente la domanda di protezione internazionale.

Invero il conflitto di competenza tra giudice tutelare e giudice specializzato minorile sorprende, specie dopo che, per effetto della modifica intervenuta con il [d.lgs. n. 220 del 2017](#), è stata esplicitamente attribuita al tribunale per i minorenni la competenza alla nomina del tutore per il minore straniero non accompagnato. Scelta questa assolutamente in linea con quanto già disposto dalla [l. n. 47 del 2017](#) che, nell'ampliare

le competenze del giudice specializzato minorile, all'art. 11 aveva già previsto l'istituzione presso i tribunali per i minorenni di elenchi di volontari disponibili ad assumere la tutela di minori stranieri non accompagnati, senza però poi riconoscere a questo giudice il compito di nominare un tutore al minore straniero sbarcato in Italia senza i familiari[7]. A tal riguardo va ricordato come la legge n. 47 avesse già affidato al Tribunale per i minorenni il compito di decidere in ordine al rimpatrio assistito e volontario del minore per il ricongiungimento con i familiari[8], nonché all'identificazione del minore[9], attribuendo poi alla Procura della Repubblica minorile la competenza per gli accertamenti socio-sanitari in merito all'accertamento della minore età dello straniero.

3. La nomina del tutore del minore straniero non accompagnato nell'art. 19 del d.lgs. n. 142 del 2015 ante riforma

Invero ancor prima della riforma attuata con il [d.lgs. n. 220 del 2017](#), sebbene la competenza alla nomina di un tutore al minore straniero non accompagnato fosse attribuita chiaramente al giudice tutelare, la Corte di cassazione era stata già chiamata a pronunciarsi su un regolamento di competenza d'ufficio per risolvere il conflitto di competenza sorto sempre tra il tribunale specializzato per i minorenni e il giudice ordinario in funzione di giudice tutelare. Per il tribunale minorile, infatti, il giudice tutelare, nel declinare la propria competenza, non avrebbe osservato quanto previsto, in merito alla tutela dei minori stranieri non accompagnati proprio dal [5° comma dell'art. 19 del d.lgs. n. 142 del 2015](#).

Nel declinare la propria competenza il giudice tutelare aveva fatto riferimento a una pronuncia della Cassazione che aveva riconosciuto al tribunale minorile la competenza a decide-

[6] Per avanzare eventuali domande di protezione internazionale o per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno e per far valere i propri diritti, i MSNA hanno immediatamente bisogno di un rappresentante legale.

[7] Come è stato opportunamente rilevato, sebbene l'attribuzione in capo al Tribunale dei minorenni delle nuove competenze segni certamente una razionalizzazione dell'intero sistema delle tutele, ponendo rimedio al mancato coordinamento della [l. 47/2017](#) con la legislazione vigente, dall'altro essa avviene senza la messa in campo di nuove risorse, attribuendo ad un'autorità giudiziaria già notoriamente e gravemente in sofferenza di organico, delle competenze che richiedono invece risposte rapide e concrete. Così, Morandi, *Le modifiche introdotte dal decreto legislativo 22 dicembre 2017, n. 220 in materia di tutela dei minori stranieri non accompagnati e nella procedura di esame della domanda di protezione internazionale*, in *Dir. immigraz. e cittadinanza*, fasc. n. 3/2018, 14.

[8] Dopo aver ascoltato il minore e il tutore, dopo aver compiuto indagini nel Paese di origine o nel Paese terzo in cui i familiari risiedono, tenendo conto della relazione dei servizi sociali circa la situazione del minore in Italia.

[9] Le operazioni di identificazione dovrebbero compiersi entro dieci giorni, così dispone l'[art. 4 della l. n. 47/2017](#). Il procedimento ha inizio con un colloquio del minore con personale qualificato, sotto la direzione dei servizi dell'ente locale e in presenza di un mediatore culturale per ricostruire la sua storia personale e familiare e approntare quanto necessario per la sua protezione. Nel dubbio sull'età dichiarata, questa verrà accertata attraverso un documento anagrafico, anche avvalendosi della collaborazione delle autorità diplomatico-consolari, a meno che il presunto minore non abbia manifestato la volontà d'avvalersi della protezione internazionale; sarà la Procura della Repubblica presso il Tribunale dei minori a disporre, con il consenso del minore e con modalità il meno invasive possibile, eventuali esami socio-sanitari, come subito nel testo. Se permangono ancora dubbi, la minore età verrà presunta ad ogni effetto di legge. Il provvedimento di attribuzione dell'età dovrà essere notificato “allo straniero e, contestualmente, all'esercente i poteri tutelari, ove nominato, e può essere impugnato in sede di reclamo ai sensi degli articoli [737](#) e ss. c.p.c.”, così si legge nel [comma 9 del nuovo art. 19 bis del D.Lgs. n. 142/2015](#), inserito dall'[art. 5 della l. n. 47/2017](#).

re della nomina di un tutore al minore straniero^[10], in un caso in cui, però, era già pendente un giudizio di adottabilità e, a norma degli artt. 10 e 19 della legge sull'adozione, è il tribunale specializzato ad avere il potere di disporre "ogni opportuno provvedimento provvisorio nell'interesse del minore" e di nominare, ove già non esista, "un tutore durante lo stato di adottabilità": sono regole, queste, la cui applicazione esclude manifestamente la competenza del giudice tutelare in pendenza di un giudizio di adottabilità. Pertanto, posto che ai sensi dell'[art. 37 bis, L. n. 184 del 1983](#) al minore straniero in stato di abbandono si applica la legge italiana in materia di adozione, qualora fosse stato pendente un procedimento di adottabilità di questo minore, avrebbe fatto bene il giudice tutelare a declinare la competenza. Non ricorrendo nel caso di specie tale evenienza, nel vigore del [d.lgs. n. 142/2015](#) ante riforma, la S.C., dando ragione al tribunale minorile, attribuiva al giudice tutelare la competenza a decidere della nomina di un tutore ai minori stranieri non accompagnati^[11].

4. La riforma dell'art. 19, comma 5 del d.lgs. n. 142 del 2015 e l'attribuzione al giudice specializzato minorile della competenza a decidere della nomina del tutore al MSNA

Tutto questo fino all'approvazione del [d.lgs. n. 220, che all'art. 2, comma 1](#) lett. b) prescrive la sostituzione dell'[art. 19, comma 5 del d.lgs. n. 142 del 2015](#), nel quale oggi si legge che «L'autorità di pubblica sicurezza dà immediata comunicazione della presenza di un minore non accompagnato al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni e al Tribunale per i minorenni per l'apertura della tutela e la nomina del tutore ai sensi degli articoli [343](#) e seguenti del codice civile e delle relative disposizioni di attuazione del medesimo codice, in quanto compatibili, e per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte, nonché al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con mezzi idonei a garantirne la riservatezza, al fine di assicurare il censimento e il monitoraggio della presenza dei minori non accompagnati. Il provvedimento di nomina del tutore e gli altri provvedimenti relativi alla tutela sono adottati dal presidente del tribunale per i minorenni o da un giudice da lui delegato. Il reclamo contro tali provvedimenti si propone al collegio a norma dell'[articolo 739 del codice di procedura civile](#). Del col-

legio non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato».

In una prospettiva di razionalizzazione del sistema di tutela e accoglienza dei minori stranieri, tutte le competenze in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati vengono dunque concentrate presso uno stesso organo giudiziario. Il fine è quello di evitare un doppio procedimento davanti ai due uffici giudiziari diversi.

Invero l'intervento correttivo operato dal [d.lgs. n. 220/2017](#) si pone perfettamente in linea con la [l. n. 47/2017](#) che, come abbiamo avuto modo di anticipare, oltre ad ampliare le competenze del Tribunale dei minorenni, aveva disposto l'istituzione presso questo Ufficio giudiziario degli elenchi dei tutori volontari disponibili ad assumere la tutela dei minori stranieri non accompagnati.

Nell'intenzione del legislatore italiano, l'unificazione presso il tribunale minorile delle competenze tutelari quando si tratti di minori stranieri non accompagnati sarebbe dovuta servire a contrastare l'eccessiva durata dei tempi di apertura delle tutele e i possibili conflitti negativi di competenza. L'ordinanza in commento dimostra come anche questo più recente intervento legislativo non sia bastato però a scongiurare il conflitto di competenza tra giudice tutelare e giudice minorile, sebbene nel caso esaminato dalla S.C. il dubbio sia stato generato dal modo di intendere lo stato del minore straniero che, nonostante la presenza in Italia del fratello maggiore cui, anche per volontà dei genitori, il minore avrebbe dovuto ricongiungersi, secondo i giudici di legittimità non potrebbe essere qualificato come "accompagnato", per la mancanza di una rappresentanza legale del minore in capo al fratello maggiore.

5. Incertezze sullo status di «non accompagnato» del minore straniero nel caso esaminato dalla S.C.

La decisione della S.C. a mio sommosso modo di vedere non convince. La presenza in Italia di un parente che possa assumere la tutela del minore sotto la vigilanza del giudice tutelare, così come ha ritenuto il giudice minorile torinese, escluderebbe piuttosto la qualifica di "non accompagnato" per il minore giunto in Italia senza i genitori, posto che l'[art. 2 della l. n. 47 del 2017](#) al riguardo fa riferimento ad un minore privo della *rappresentanza da parte dei genitori o di altri*

[10] Così Cass. [31 marzo 2010, n. 7941](#), in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 3, 474.

[11] Faccio riferimento all'ordinanza 20 dicembre 2016, n. 2644 resa dalla VI sez. civ. della Corte di cassazione in *Fam. e dir.*, 2017, p. 756, con nota della scrivente, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*, replicata dalla stessa VI sezione dopo un mese con l'ordinanza n. 685 del 12 gennaio 2017, anch'essa pronunciata in sede di regolamento di competenza d'ufficio, in *Foro it.*, 2017, I, p. 522, con nota di Polisenio, *La protezione internazionale del minore straniero non accompagnato e il farraginoso regime di competenza*; e successivamente da Cass. [26 aprile 2017, n. 10212](#), in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 19 giugno 2014, con nota di Giuliani, *Nomina del tutore del minore straniero non accompagnato da parte del giudice tutelare*.

adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano. Insomma non mi sentirei di escludere che il fratello maggiore possa essere annoverato tra gli adulti legalmente responsabili.

A tal fine si potrebbe invocare il disposto dell'[art. 348 c.c.](#), che è stato evocato dai giudici della Cassazione unicamente per ritenere possibile la partecipazione dei genitori, parenti ed affini al giudizio per la nomina del tutore. Invero il [primo comma dell'art. 348 c.c.](#) attribuisce al genitore che per ultimo abbia esercitato la patria potestà[12] il potere di designare il tutore, purché la designazione sia fatta per testamento, per atto pubblico o scrittura privata autenticata. Qualora si potesse equiparare l'atto notarile redatto in Albania dai genitori ad un provvedimento formale di affidamento del minore al fratello maggiore dimorante in Italia, non si potrebbe escludere la nomina di questi come tutore del minore, in grado di sopperire alla lontananza dei genitori, cui normalmente è attribuita la rappresentanza legale del minore.

Se dovesse mancare la designazione da parte del genitore ovvero ricorreressero gravi motivi che si oppongono alla nomina della persona designata, a mente del [secondo comma dell'art. 348 c.c.](#), la scelta del tutore dovrebbe comunque cadere preferibilmente tra gli ascendenti o tra i parenti prossimi o affini del minore.

Ancora l'[art. 348 c.c.](#) prescrive l'ascolto del minore che abbia compiuto i dodici anni o anche di età inferiore, purché capace di discernimento, e il diritto ad essere ascoltato in ogni procedimento che lo riguardi è ribadito, con riferimento al minore straniero, dall'[art. 15 della l. n. 47 del 2017](#)[13]. Da tale ascolto il giudice tutelare potrebbe convincersi dell'opportunità di nominare tutore un terzo, senza che ciò escluda la possibilità che il minore venga comunque collocato presso i familiari, qualora le loro condizioni di vita consentano una sua adeguata assistenza.

Inoltre la decisione della S.C. non mi sembra in linea con la previsione dell'[art. 6, comma 2 della l. n. 47 del 2017](#), che prescrive l'inserimento nell'[art. 19 del d.lgs. n. 142 del 2015](#) dei commi [7-bis](#), [ter](#) e [quater](#) per rendere più celere l'attivazione delle indagini sui familiari del minore, introducendo un criterio di

preferenza dell'affidamento ai familiari rispetto al collocamento in comunità di accoglienza, sì da favorire il reinserimento del minore nella sua famiglia biologica. Da queste disposizioni di legge emerge chiaramente come l'esigenza prioritaria sia quella di garantire l'interesse del minore straniero non accompagnato, che si realizza al meglio attraverso il suo inserimento in una comunità familiare, che è preferibilmente quella individuata nella cerchia dei suoi parenti. Insomma nel caso esaminato nell'ordinanza in commento, sarebbe stato opportuno valutare le effettive condizioni di vita in Italia del fratello maggiore e la sua effettiva capacità, non solo economica, ma anche affettiva, di prendersi cura del fratello minore e di rappresentarlo per assicurarli il godimento dei suoi diritti fondamentali.

A prescindere dall'interpretazione che vuole darsi allo stato di minore straniero non accompagnato, c'è da rilevare che ancora una volta la questione di competenza di cui si è occupata la S.C. nell'ordinanza in epigrafe è stata generata dal regime diarchico tra giudice ordinario e giudice specializzato che regge l'amministrazione della giustizia minorile, che si rivela pregiudizievole per la tutela dei minori[14], compromettendo l'esigenza di celerità che dovrebbe caratterizzare la nomina del tutore. Il rischio è quello di un vuoto di tutela dei diritti del minore che può verificarsi per il protrarsi dei tempi per la nomina del tutore, a causa delle disarmoniche pronunce del giudice tutelare e di quello specializzato[15].

È indubbio che questa ulteriore disfunzione del sistema cesserebbe qualora si istituissero le sezioni specializzate per la persona, la famiglia e i minori all'interno dei tribunali ordinari[16]. Resta il fatto che questa riforma, di cui si è ampiamente discusso nel corso della precedente legislatura, sembra ben lontana dal suo approdo. Ed è significativo, al riguardo, segnalare come anche in un periodo in cui era in discussione al parlamento il progetto di legge «Orlando», A.C. 2953-A, per la soppressione dei giudici minorili e la costituzione di sezioni specializzate circondariali e distrettuali «della famiglia e dei minori», la legge sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati si sia mossa in senso diametralmente opposto, ampliando piuttosto le competenze dei tribunali specializzati minorili.

[12] In questa disposizione è ancora utilizzata l'espressione «patria potestà», che com'è noto è stata ormai sostituita con «responsabilità genitoriale».

[13] Tale diritto è altresì garantito assicurando la presenza di un mediatore culturale che consenta di rimuovere o attenuare gli ostacoli di natura linguistica e culturale che normalmente si frappongono ad un'efficace comunicazione (art. 15, comma 2°).

[14] Sulle questioni e i dubbi che questo sistema continua a porre, Danovi, *Il regolamento di competenza come strumento indispensabile per il giusto processo (non solo) minorile*, in *Fam. e dir.*, 2017, 343 ss., spec. 345.

[15] Si tratta di un rischio difficilmente accettabile quando è in gioco l'interesse del minore, sulle cui diverse modalità di attuazione da parte della giurisprudenza, Tommaseo, *La tutela dei minori nel quadro di un diritto di famiglia in bilico tra riforme recenti e annunciate*, in *Fam. e dir.*, 2016, 713 ss.

[16] Sull'opportunità di tale riforma v. Tommaseo, *Il Tribunale della famiglia: verso un nuovo giudice per la famiglia e per i minori*, in *Fam. e dir.*, 2009, 411 e ss. Più di recente Danovi, *Competenza o competenze? (verso una riforma del giudice della famiglia)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 274.

PROVA SCIENTIFICA

Riflessioni sulla prova scientifica nel processo civile e in quello amministrativo

di Roberto Bonatti

DEL 2 OTTOBRE 2019

Sommario

1. L'occasione per una riflessione sulla prova scientifica: la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 4363 del 25 giugno 2019, tra affermazioni teoriche ed uso pratico
2. Consulenza tecnica, testimonianza tecnica e altre forme di sapere scientifico nel processo civile italiano
3. Uno sguardo in Europa
4. I poteri del consulente tecnico durante le operazioni peritali: in particolare, l'acquisizione di ulteriori documenti

1. L'occasione per una riflessione sulla prova scientifica: la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 4363 del 25 giugno 2019, tra affermazioni teoriche ed uso pratico

Il progresso scientifico e tecnologico; l'accresciuta complessità dei rapporti giuridici nell'era della globalizzazione; l'introduzione di nuovi diritti, di cui occorre garantire pienamente la giustiziabilità; si tratta soltanto di alcuni dei fattori che hanno provocato un aumento statisticamente rilevante della necessità di compiere accertamenti tecnico-scientifici nel processo. Tutto ciò non richiede necessariamente modifiche normative, che provocano sempre un certo livello di effetti collaterali indesiderati, principalmente dovuti ai tempi necessari per giungere ad una interpretazione certa della nuova norma. La sfida è allora quella di elaborare categorie concettuali ed interpretazioni innovative delle norme esistenti, al fine di adeguare la loro applicazione all'evoluzione della società in chiave tecnico-scientifica.

Ecco l'occasione per una riflessione a tuttotondo sulla prova scientifica nel nostro ordinamento, che proviene da una recente sentenza del Consiglio di Stato^[1] nella quale, sia pure in modo estremamente sintetico, si affronta la delicata tematica dell'esistenza di una pluralità di distinti strumenti istruttori riconducibili ad indagini di tipo tecnico. Il processo amministrativo è in questo senso una fonte primaria di riflessione, dal momento che la codificazione processuale del 2010

ha previsto due diversi mezzi istruttori di diritto positivo: la verifica (art. 66 c.p.a.) e la consulenza tecnica (art. 67 c.p.a.).

Secondo il giudice amministrativo, la differenza tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio è duplice. Da un lato, la natura del soggetto che la effettua (organismo pubblico estraneo alle parti e dotato di specifiche competenze tecniche nel primo caso; esperti che prestano il proprio apporto tecnico a titolo privato, nel secondo). Dall'altro, la finalità, dal momento che la verifica non è diretta ad esprimere valutazioni e a fornire un giudizio tecnico, ma si limita alla natura di mero accertamento tecnico^[2] mentre la consulenza tecnica ha una valenza non meramente ricognitiva e circoscritta ad un fatto specifico cioè è un mezzo di valutazione dei fatti^[3].

Di conseguenza, per utilizzare categorie processual-civili potremmo dire che la verifica nel processo amministrativo si colloca a metà tra un accertamento tecnico e una richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 213 c.p.c.: con quest'ultima condivide la natura pubblica del soggetto al quale viene richiesto il parere; con la prima la funzione di mero accertamento tecnico senza alcuna valutazione al riguardo.

Se queste affermazioni paiono ormai consolidate dal punto di vista teorico nel panorama giurisprudenziale soprattutto

^[1] Si tratta di Cons. Stato, sez. III, n. 4363 del 25 giugno 2019, in www.giustizia-amministrativa.it

^[2] Cons. Stato, sez. VI, n. 11 del 5 gennaio 2015; Cons. Stato, sez. IV, n. 138 del 18 gennaio 2010.

^[3] Cons. Stato, sez. VI, n. 682 del 12 febbraio 2014.

del Consiglio di Stato, è tuttavia interessante osservare come, alla prova pratica, non compaia differenza sostanziale di uso tra verifica e consulenza tecnica. Questa confusione pratica cade su entrambe le differenze sopra delineate. Infatti, molto spesso il giudice amministrativo affida la verifica ad un consulente che non è, a ben vedere, un “organismo pubblico” come avviene per esempio tutte le volte – e sono numerose – in cui il verificatore è individuato nella persona del rettore di una università, con facoltà di delega ad un professore di ruolo della materia specialistica oggetto della causa. È ben chiaro infatti che, per quanto sia corretto definire l'università tra gli organismi pubblici nel senso più ampio del termine, tuttavia il verificatore opera nel giudizio non già nel suo ruolo pubblico ed istituzionale, ma quale privato particolarmente esperto della materia. Cosicché, a mio giudizio, non vi è alcuna differenza in questo caso nella persona del consulente tecnico d'ufficio.

Allo stesso modo, un esame dell'uso pratico della verifica nel processo amministrativo mostra come sia di fatto impossibile al verificatore astenersi dall'offrire una lettura tecnica in chiave valutativa dei fatti accertati. Si tratta per la verità di un atteggiamento del tutto comprensibile in capo a soggetti che vengono individuati proprio per le loro specifiche competenze tecnico-scientifiche e che dunque sono naturalmente portati a fornire al giudice non solo un mero accertamento del fatto ma anche e soprattutto le proprie valutazioni al riguardo. Peraltro, non si rinvergono in giurisprudenza casi nei quali il giudice amministrativo abbia poi espunto tali valutazioni tecnico-scientifiche del verificatore dall'elaborato peritale presentato, a motivo che la verifica non potrebbe contenere tali tipi di valutazioni ma solo il mero accertamento del fatto in chiave tecnico-scientifica. Manca, in sostanza, ogni tipo di controllo pratico della regola teorica

che differenzia la funzione della verifica da quella della consulenza tecnica: sia a monte, perché il verificatore spesso non conosce i limiti giuridici della sua indagine ed anzi volentieri si spinge a valutazioni; sia a valle, perché il giudice accetta altrettanto volentieri queste valutazioni, senza limitare l'uso processuale della verifica alla sola parte di accertamento dei fatti.

2. Consulenza tecnica, testimonianza tecnica e altre forme di sapere scientifico nel processo civile italiano

Proprio traendo spunto da queste considerazioni del giudice amministrativo, mi pare utile riepilogare alcuni dei problemi che, storicamente, il processo civile ha dovuto affrontare e verificare in quale modo ad essi è stata data risposta.

Anzitutto, ancor oggi assistiamo ad una divergenza tra giurisprudenza e dottrina maggioritaria in relazione al tema di fondo se la consulenza tecnica sia o meno un mezzo di prova.

Infatti, la Cassazione afferma ripetutamente che la consulenza tecnica non è un mezzo di prova in senso proprio, perché, pur condividendo con gli altri mezzi di istruzione la funzione di rendere intelligibili i fatti di causa^[4], tuttavia non tende direttamente a dimostrare i fatti di causa, ma ha unicamente lo scopo di integrare le conoscenze del giudice con nozioni che, per la specificità tecnica o scientifica, egli non possiede, al fine di consentirgli di valutare meglio i fatti dimostrati attraverso altri mezzi di prova^[5]. Al contrario, una parte rilevante della dottrina è apertamente schierata nel ritenere che la consulenza tecnica sia, essa stessa, un mezzo di prova^[6]. Ciò non soltanto con riferimento alla consulenza tecnica c.d. percipiente, nella quale come noto il compito assegnato al consulente tecnico è quello di far emergere fatti rilevanti sotto il profilo tecnico-scientifico^[7], sia perché ormai è sempre più labile la diffe-

[4] Tanto che la consulenza tecnica è trattata nel c.p.c. nel libro II, capo II, sezione III (dell'istruzione probatoria). Peraltro, non è irrilevante notare come, sotto la vigenza del codice di rito del 1865, la perizia fosse pacificamente considerata quale mezzo di prova. Analogamente, nel progetto di riforma del codice di procedura civile elaborato dalla Commissione Liebman nel 1977, sul quale cfr. *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452 ss., la consulenza tecnica venne inserita tra i mezzi di prova, nell'intento di unificare nel codice di rito la disciplina delle prove e di valorizzare la funzione del consulente.

[5] Così Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1, Milano, 1959, p. 94 ss.; M. Vellani, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988, p. 525 ss.; E. Protetti - M.T. Protetti, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1999, p. 26 ss.; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 640. La giurisprudenza della Cassazione ammette, tuttavia, limitate ipotesi in cui la consulenza tecnica può essere impiegata quale mezzo di prova: così è, ad esempio, in materia contabile (Cass., sez. lav., 3 settembre 2003, n. 12838, in *Giust. civ. mass.*, 2003), e, più in generale, quando l'accertamento di determinati fatti non possa avvenire che con il ricorso a specifiche cognizioni tecniche (Cass., sez. III, 16 maggio 2003, n. 7635, in *Giust. civ. mass.*, 2003, Cass., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11359, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1414).

[6] Satta-Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 384; Denti, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, p. 404; Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 678; Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2018, p. 344.

[7] La distinzione tra consulenza tecnica deducibile e percipiente è consolidata in giurisprudenza: Cass. SS.UU. n. 9522 del 1996; Cass. civ., 6155 del 2009. Ciò nonostante attenta dottrina abbia notato e dimostrato che i confini tra le due tipologie sono sempre più sottili e labili, soprattutto nell'applicazione pratica di questi strumenti, dove sempre più forte è la tendenza a riportare sotto il tetto della valutazione ciò che in realtà è accertamento di elementi costitutivi della pretesa giu-

renza pratica nell'uso della consulenza tecnica di tipo percipiente da quella deducibile, sia perché – come già rilevato sopra per la distinzione tra verifica e consulenza tecnica nel processo amministrativo – in effetti diventa impossibile per il consulente tecnico separare gli aspetti di accertamento in senso proprio da quelli valutativi.

Alla dottrina va anche il merito di avere proposto soluzioni alternative per consentire l'ingresso del sapere scientifico nel processo.

Il primo tentativo in questo senso pare rinvenibile nel dar valore anche nel nostro ordinamento processuale alla testimonianza tecnica. Essa è un particolare tipo di prova testimoniale, caratterizzata dalla natura tecnica delle dichiarazioni rese, nelle quali il dichiarante offre il proprio parere su fatti e circostanze di cui egli ha avuto una diretta cognizione. In tal modo, la testimonianza tecnica potrebbe avere ad oggetto tanto la percezione di fatti rilevanti, quanto la valutazione di essi mediante preparazione tecnica. Questo secondo contenuto consentirebbe di acquisire in giudizio la valutazione di un perito allo stesso modo di una qualsiasi prova testimoniale, e, conseguentemente, con i medesimi limiti ma anche con la stessa efficacia probatoria.

In merito a tale concetto, tuttavia, si devono registrare posizioni non perfettamente omogenee della dottrina. Secondo un primo orientamento, tra testimonianza tecnica e consulenza tecnica non vi sarebbe alcuna differenza di oggetto, entrambe potendo vertere sia sull'elemento percettivo che sull'elemento intellettuale del perito; la distinzione risiederebbe piuttosto nella forma, nel senso che si avrebbe consulenza tecnica soltanto nel caso in cui sussista un incarico formale del giudice, mentre diversamente si tratterebbe di prova testimoniale^[8]. Secondo altra parte della dottrina, che pure propende per la omogeneità ontologica tra consulenza tecnica e testimonianza tecnica, la distinzione non risiederebbe nell'elemento formale, quanto nel fatto che la consulenza

tecnica sarebbe una particolare forma di testimonianza, sia pure intendendo quest'ultimo concetto in senso ampio, quale dichiarazione di fatti, compiuta secondo un'esperienza tecnica specifica, intellettualmente organizzata. Seguendo questa impostazione, le caratteristiche principali della consulenza sarebbero costituite, oltre che dalla specificità tecnica delle dichiarazioni, dalle modalità di valutazione dei fatti, che avverrebbe attraverso l'enunciazione e l'applicazione di una regola tecnica^[9]. Così ragionando, consulenza in senso proprio si avrebbe soltanto laddove avvenga una concreta valutazione dei fatti, mentre la mera indicazione della regola tecnica, senza ulteriore applicazione pratica, darebbe luogo ad una dichiarazione testimoniale.

Per verità, si rileva anche una terza interpretazione, che fa leva sul linguaggio impiegato dal dichiarante, e che finisce per circoscrivere notevolmente l'ambito di ammissibilità della testimonianza tecnica^[10]. In altri termini, secondo questa impostazione, la testimonianza tecnica rappresenterebbe, nel nostro sistema, l'eccezione ad una regola secondo la quale la testimonianza deve essere resa attraverso un linguaggio ordinario, scevro di concetti specialistici che l'uomo medio potrebbe non essere in grado di comprendere negli esatti termini. Questa regola verrebbe meno soltanto quando il testimone, chiamato a deporre sull'esistenza di fatti rilevanti, non possa narrare adeguatamente i fatti intorno ai quali è interrogato, se non ricorrendo ad una terminologia tecnica o scientifica.

È evidente che, in questo modo, la testimonianza tecnica incontrerebbe due considerevoli limiti: anzitutto, non potrebbe avere ad oggetto la valutazione tecnica di determinati fatti, ma soltanto l'esposizione e la descrizione, sia pure in chiave tecnica, di quei fatti^[11]; inoltre, non sarebbe ammissibile se la medesima dichiarazione potesse essere resa attraverso l'impiego di un linguaggio atecnico, più appropriato alla natura della prova testimoniale.

diziale: sul punto, v. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, p. 74 ss.

[8] Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1947, p. 147 ss.; questa tesi sembra trovare seguito anche da parte di Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1954, p. 187.

[9] Franchi, *La perizia civile*, Padova, 1959, p. 55 ss., secondo cui la testimonianza tecnica, si distinguerebbe a seconda della forma in testimonianza tecnica in senso stretto, quando il dichiarante abbia percepito senza che il giudice lo abbia invitato a farlo, ed in accertamento tecnico, quando la dichiarazione sia stata provocata dal giudice; in tal senso anche Pugliatti, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 115, il quale afferma che «in relazione all'accertamento (eventuale) di specifici dati di fatto, il consulente tecnico può essere paragonato al testimone» tanto che «gli si attribuisce, in tale zona, la funzione di teste "qualificato"».

[10] Così Denti, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 9.

[11] Nel caso in cui un soggetto, chiamato a deporre come testimone, unisca alle proprie dichiarazioni elementi di valutazione tecnica discrezionale, la giurisprudenza sembra oggi orientata nel senso di ritenere priva di efficacia probatoria tale dichiarazione, soltanto qualora essa si traduca in una interpretazione del tutto soggettiva o in un mero apprezzamento tecnico del fatto, cioè quando manchi l'indicazione di dati obiettivi e modalità specifiche della situazione, che consentano di ricondurre la percezione sensoriale ad un ambito oggettivo e fattuale, anziché puramente soggettivo e interiore (così, ad esempio, Cass., sez. II, [5 febbraio 1994, n. 1173](#), in *Giust. civ. mass.*, 1994, p. 120).

3 Uno sguardo in Europa

Nel contesto europeo non vi è ormai più alcun tentennamento nell'affermare che, indipendentemente dalle forme nelle quali entri nel giudizio, l'accertamento tecnico costituisca un mezzo di prova^[12]. Piuttosto, anche in questi ordinamenti il dibattito si concentra sul modo in cui il parere del perito può essere acquisito al processo, se attraverso la prova testimoniale, nelle forme tradizionali o con qualche adattamento specifico, e quelli dove la perizia è commissionata dal giudice ad un esperto.

Esempio di questo secondo modello, che ci appare più vicino al sistema italiano, è quello spagnolo. In Spagna, la dottrina più attenta si è chiesta se la perizia abbia sempre la natura di mezzo di prova, ovvero se, in taluni casi, essa possa atteggiarsi, più semplicemente, quale strumento ausiliario nella valutazione dei fatti, provati in giudizio con altri mezzi istruttori. Se ne è concluso – con una posizione che ricalca da vicino la seconda delle teorie sviluppatesi in Italia ed appena esposte – che quando la perizia contiene un accertamento dei fatti, per effetto dell'indicazione e dell'applicazione di una massima d'esperienza, offre all'organo decidente nuovi elementi di fatto sulla base dei quali poter giudicare, e, di conseguenza, ha natura di vero e proprio mezzo di prova. Al contrario, se la perizia si limita all'enunciazione della massima d'esperienza, essa non assolve ad alcuna funzione accertativa dei fatti, e si risolve in un mero ausilio per il giudice nella valutazione di altre prove^[13].

Al contrario, nel processo inglese la prova scientifica viene prevalentemente utilizzata con lo strumento degli *expert witnesses*^[14].

Nel diritto processuale inglese, due sono le caratteristiche principali della testimonianza degli esperti: l'ammissibilità delle valutazioni personali dell'esperto e la tendenziale forma scritta con cui avvengono le domande e le risposte dell'esperto.

Quanto alla prima, anche nell'ordinamento inglese vige la regola secondo cui il testimone deve normalmente limitarsi all'esposizione obiettiva dei fatti ed astenersi dal dare giudizi personali sugli stessi. In relazione all'*expert witness*, tuttavia, tale restrizione non si pone, dato che lo scopo della testimonianza dell'esperto è proprio quello di ottenere dal testimone una sua valutazione tecnica dei fatti, che, nella loro dimensione naturalistica, appaiono già chiari e la cui valutazione, tuttavia, richiede conoscenze specifiche che la corte non possiede^[15]. Almeno in questo contesto, pertanto, non vengono in rilievo le ulteriori questioni circa la difficoltà di distinguere l'obiettiva esposizione dei fatti dalla loro rielaborazione soggettiva: l'opinione dell'esperto è prova a tutti gli effetti, ma la giurisprudenza inglese ha precisato che ciò si verifica solo a condizione che l'opinione così manifestata si fondi su regole tecniche riconosciute ed accertate.

In definitiva, il modello inglese di assunzione della prova tecnica ricalca molto da vicino, salvo opportuni adattamenti, quello previsto dallo stesso ordinamento per la prova testimoniale, di cui si pone sostanzialmente quale sottocategoria.

[12] Questa conclusione non muta per il fatto che, tra i principali altri Stati europei, il problema circa la natura dell'accertamento tecnico si è posto coscientemente soltanto in Spagna, dove comunque la scelta di campo effettuata dalla *I.e.c.* è espressamente orientata a favore della natura probatoria della consulenza: il *dictamen de peritos*, infatti, figura inequivocabilmente tra i mezzi di prova (artt. 335 ss. *I.e.c.*).

[13] Sul punto, v., in particolare, Garcíandía González, *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona, 1999, p. 227; Díaz Fuentes, *La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona, 2002, p. 239 ss.; Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2002, p. 246 ss.

[14] Questa scelta netta a favore della parificazione tra prova tecnica e prova testimoniale esclude ogni possibile dubbio circa la natura di mezzo istruttorio che, in Inghilterra, è attribuita alla dichiarazione del perito. Inoltre, poiché il sistema inglese ammette che il testimone possa riferire non soltanto di fatti accaduti in sua presenza, ma anche di fatti dei quali egli abbia avuto notizia *de relato*, non è necessario che l'*expert witness* abbia personalmente assistito ai fatti che gli si chiede di valutare dal punto di vista tecnico. Pertanto, nella maggioranza dei casi, egli fonderà le proprie valutazioni sui fatti che le parti gli abbiano descritto e riferito, e della cui esistenza esse abbiano dato prova con altri mezzi istruttori.

La *hearsay evidence* è stata estesa ed ammessa in via generale nel processo civile inglese dal *Civil Evidence Act* del 1995, che ha eliminato molti dei preesistenti limiti di ammissibilità della prova testimoniale. È comunque necessario che il testimone, qualora riporti dichiarazioni di terzi o comunque riferisca fatti o affermazioni cui non abbia personalmente assistito, faccia chiara indicazione di tale circostanza. Per l'evoluzione dell'istituto e per gli stretti rapporti che lo caratterizzano con un'impostazione processuale dove la decisione è emessa da una giuria, v. Dondi, *L'evoluzione della hearsay rule nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 97 ss. e 223 ss.

[15] Piuttosto, in Inghilterra si è discusso se l'*expert witness* potesse esprimere la propria opinione anche su questioni decisive, che avrebbero comportato, in sostanza, la soluzione del caso in un senso o nell'altro. La regola giurisprudenziale consolidatasi, e ricondotta all'opinione del giudice Lord Lindley nel caso *Haynes v. Doman*, deciso nel 1899, infatti, stabiliva che, in questi casi, l'*expert witness* non era ammissibile, posto che la decisione doveva essere riservata al giudice, e che la dichiarazione del consulente non avrebbe potuto trasformare l'attività del giudice nella mera presa d'atto di quanto affermato dal primo. La regola, comunque, è stata abrogata dal *Civil Evidence Act* del 1972, che ha precisato che la testimonianza dell'esperto è ammessa su ogni questione rilevante nel giudizio. Sul punto, v. anche Zuckermann, *Civil procedure*, London, 2003, p. 618.

Non è previsto alcun altro meccanismo processuale per l'ingresso nel processo delle necessarie competenze tecniche, il che, evidentemente, deve essere tenuto in debita considerazione in tutti i casi in cui il giudice italiano voglia richiedere una consulenza tecnica in Inghilterra. Va comunque rimarcato che, nonostante le differenze, entrambi i sistemi prestano grande attenzione alla necessità di garantire l'imparzialità e la massima obiettività dell'esperto: anche nel sistema inglese, l'esperto è al servizio del giudice, tanto che la *Rule 35.3* espressamente stabilisce che il dovere di assistere la corte è prevalente rispetto ad ogni altra obbligazione incompatibile che il perito abbia assunto nei confronti della parte dalla quale abbia ricevuto istruzioni[16].

Altri ordinamenti hanno invece optato per una diversificazione delle forme, in cui cioè i due modelli coesistono e si combinano, rafforzandosi. In queste situazioni viene introdotto un ampio spettro di misure, di intensità ed efficacia probatoria diverse, in dipendenza del tipo di accertamento, di complessità dello stesso e di rilevanza ai fini della decisione. Ciò accade principalmente[17] nel diritto processuale francese. Qui distinguiamo tre tipi di mezzi di prova[18] che richiedono la partecipazione di un perito: il *constat d'huissier de justice*, la *consultation* e l'*expertise*. La prima è una forma molto elementare di accertamento, compiuta da un soggetto designato dal giudice, utilizzabile soltanto nei casi in

cui è necessario procedere ad accertamenti puramente sensoriali, con esclusione della possibilità per il perito di esprimere pareri od opinioni di qualsiasi tipo, di fatto come di diritto, relativamente agli effetti dei fatti accertati[19]. La *consultation* occupa una posizione intermedia, in quanto è utilizzata per effettuare accertamenti tecnici che richiedono una pur minima e semplice attività investigativa; differisce dalla *constatation* anche dal punto di vista formale, perché mentre quest'ultima è normalmente scritta, salvo che il giudice non ne richieda la relazione orale, la *consultation* riveste forma orale, a meno che il giudice non autorizzi il perito a presentare una relazione scritta. L'*expertise* è la forma più complessa di perizia, riservata ai casi in cui l'accertamento tecnico si presenti complesso o approfondito. È considerato quale strumento residuale rispetto ai primi due, tanto che la legge impone al giudice di giustificare e motivare il perché abbia ritenuto necessario procedere ad una *expertise*, anziché limitarsi ad una delle forme di accertamento tecnico più semplici[20].

4. I poteri del consulente tecnico durante le operazioni peritali: in particolare, l'acquisizione di ulteriori documenti

Più omogenee sembrano essere le soluzioni adottate con riferimento ai poteri del consulente, soprattutto per quanto concerne la possibilità di esaminare documenti non noti alle parti e interpellare altri esperti. In questi casi, infatti, tutti gli or-

[16] La norma è stata interpretata da Zuckermann, *op. cit.*, p. 629, quale prova della differenza che sussiste tra l'*expert witness* ed il generico testimone: è chiaro, infatti, che non vi sarebbe necessità di rimarcare i doveri dell'esperto nei confronti della corte, posto che il dovere di imparzialità e di verità è comune a tutti i testimoni, se non vi fossero sospetti circa l'effettiva obiettività del perito. Il testimone, in effetti, è in un certo senso scelto dagli eventi, mentre l'*expert witness* è chiamato unicamente dalle parti, in relazione alla fiducia che queste ripongono nel singolo professionista esperto.

[17] Ma non solo: questi modelli sono presenti anche in Grecia, dove, accanto alla consulenza tecnica propriamente detta, è consentito al giudice trarre le conoscenze specifiche da relazioni scritte presentate dalle parti, con procedure più semplici dal punto di vista formale e meno onerose. V. Perrot, *Le droit à la preuve*, in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, VII Congresso internazionale sul processo civile, Bielefeld, 1983, p. 107. Analogamente, in Portogallo si prevedono diverse forme di accertamento tecnico: l'incarico peritale, infatti, può essere affidato ad un solo professionista (art. 568 código de processo civil) oppure ad un collegio (art. 569). Data la moltiplicazione dei costi, la perizia collegiale può essere disposta dal giudice soltanto quando ritenga che l'accertamento rivesta speciale complessità, oppure richieda l'esame di più distinte materie, oppure quando ne faccia richiesta una delle parti. Il numero massimo dei periti nominati dal tribunale non può comunque essere superiore a tre. Peraltro, una forma speciale di perizia è normativamente prevista per l'ipotesi di perizia calligrafica (art. 584).

[18] Nel diritto processuale francese, tutte le misure d'istruzione eseguite da un perito sono considerate mezzi di prova. L'art. 147 *n.c.p.c.*, tuttavia, prevede che il giudice, nella scelta tra le misure istruttorie da ammettere, deve preferire quella più semplice e meno onerosa, cosicché anche la prova tecnica non può essere ammessa se i fatti possano essere valutati, anche dal punto di vista tecnico, con altri mezzi di prova.

[19] Art. 249 *n.c.p.c.*, sul quale v. Vincent-Guinhard, *Procédure civile*, Paris, 2003, p. 781 s.; Solus-Perrot, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 803. Questa forma di attività del perito esclude ogni operazione di tipo intellettuale, ivi compresa la ricerca dei fatti o delle cause, l'interpretazione degli eventi o una selezione della rilevanza di determinati fatti, e non di altri. Le uniche attività concesse all'*huissier de justice* sono, dunque, di tipo puramente sensoriale. Il limite così tracciato viene giustificato dalla dottrina francese in base all'esigenza che l'accertamento tecnico non finisca per condizionare la decisione da parte del giudice, e che, quindi, l'organo decidente non si spogli in alcun modo del potere giurisdizionale. Posta in questo modo, la distinzione tra ciò che è consentito all'*huissier*, e ciò che non lo è, appare alquanto sottile da tracciare. Per questi temi e per approfondimenti, v. Perrot, *Constat d'huissier de justice: le problème de l'audition des tiers*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 142.

[20] Ad eccezione dei casi in cui l'*expertise* è prevista obbligatoriamente dalla legge, come nel caso in cui si debba provvedere alla stima di un immobile in un giudizio di divisione per successione (art. 824 *code civil*), oppure per la rescissione di un contratto di vendita di un immobile per lesione (art. 1678 *code civil*).

dinamenti europei si preoccupano di evitare che l'ingresso incontrollato di ulteriori elementi di giudizio possa condizionare l'opinione del perito. Così, in alcuni ordinamenti, è concesso al perito nominato dal giudice di richiedere l'ausilio di altri esperti, anche se tale facoltà può subire alcune limitazioni[21]. Analoghe sono le considerazioni relative alla possibilità di assumere informazioni da terzi ed esaminare documenti nuovi in corso di consulenza tecnica, affinché il perito possa completare gli elementi di fatto a propria disposizione prima di rendere il proprio parere[22]. Anche in questi casi, tuttavia, non si trascurano di sottolineare come dette facoltà debbano essere coordinate con il rispetto del contraddittorio, richiedendosi, pertanto, che il perito informi preventivamen-

te le parti dell'identità dei collaboratori di cui intende avvalersi e che le parti possano essere presenti al momento della richiesta di informazioni ai terzi[23].

Dai poteri del consulente tutti gli ordinamenti europei tendono ad escludere ogni attività che possa avere contenuto decisorio, ed in particolare compiere la conciliazione delle parti[24]. In questi casi, al più, è concesso al perito di sottoporre alle parti una proposta conciliativa, elaborata anche sulla base delle risultanze tecniche, ma, se le parti raggiungono l'accordo, il perito è tenuto a riferire tempestivamente la circostanza al giudice, sottolineando che la sua attività è divenuta priva di significato, e sollecitando il giudice a definire il giudizio[25].

[21] In Belgio, la giurisprudenza richiede che l'ausilio di un altro esperto (*sapiteur*) verta soltanto su specifiche questioni secondarie, anche se si precisa che il potere di ricorrere all'aiuto di un *sapiteur*, benché non enunciato espressamente in alcuna norma di legge, è un principio unanimemente affermato; De Leval, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, 2003, p. 196 s. In Francia, l'art. 278 *n.c.p.c.* ammette che il perito si faccia aiutare da altri esperti, a condizione che l'ausilio verta su discipline tecniche o scientifiche diverse da quelle proprie del perito nominato dal giudice; sul punto v. Solus-Perrot, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 1991, p. 830. In Italia, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il consulente tecnico può avvalersi di collaboratori, anche senza ottenere una preventiva autorizzazione da parte del giudice, ma resta l'unico soggetto responsabile degli accertamenti e delle indagini compiute: in tal senso, Cass., 21 aprile 1976, n. 1426, in *Mass. Giur. It.*, 1976, p. 340; Cass., 27 marzo 1984, n. 2005, in *Mass. Giur. It.*, 1984, p. 405.

[22] In realtà, in Italia, se generalmente non si sollevano perplessità sulla possibilità di acquisire informazioni da terzi, maggiori sono i limiti che il perito incontra nell'esaminare documenti non prodotti in giudizio. Così, se il documento proviene da un terzo, in dottrina Protetti-Protetti, *op. cit.*, p. 75 s., si sostiene che essi non sarebbero ammissibili perché non si tratterebbe più di integrazione degli elementi di fatto riferiti dal terzo, ma di valutazione di documenti che avrebbero potuto essere acquisiti al processo, al più attraverso l'esibizione ex art. 210 c.p.c. Quando, invece, il documento provenga da una delle parti, la possibilità per il perito di utilizzarlo deve essere coordinata con le preclusioni eventualmente previste dai singoli ordinamenti nazionali per la produzione di nuovi mezzi di prova. Ad esempio, nel nostro ordinamento, poiché la consulenza tecnica viene esperita durante la fase di istruzione probatoria, quando le parti sono già decadute dalla possibilità di indicare nuovi mezzi di prova, si esclude che le parti o anche terzi possano presentare al consulente documenti non depositati nel fascicolo giudiziario. Questa interpretazione, però, non è assoluta, poiché il diritto positivo offre esempi di prove documentali nuove introdotte nel giudizio soltanto durante la consulenza tecnica: è il caso dell'art. 198 c.p.c., nel quale si prevede che, nel corso di un esame contabile, il consulente possa esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa; analoga previsione è quella dell'art. 77, comma 4, del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, disposizioni in materia di brevetti per invenzioni, come modificato dal d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198. In relazione a tale norma, che assegna al consulente «il potere di esaminare documenti non ancora prodotti in causa», è stato anche prospettato da Scotti, *Produzione (?) di documenti durante le operazioni del consulente tecnico d'ufficio ai sensi dell'art. 77, comma 4, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, p. 51 ss., un dubbio di legittimità costituzionale, per la disparità di trattamento che creerebbe tra i procedimenti in materia di brevetti e gli altri giudizi civili. Una critica a tali dubbi ed un'interpretazione della norma coerente con il dettato costituzionale è stata avanzata da Ciaccia Cavallari, *Prove documentali e consulenza tecnica nel processo civile per la tutela della proprietà industriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1261 ss. ed ora anche in *Scritti in memoria di Angelo Bonsignori*, I, Milano, 2004, p. 215 ss.; sul tema, anche Scuffi, *Prova documentale e preclusioni nel processo italiano dei brevetti*, in *Il dir. ind.*, 1998, p. 291.

[23] L'esigenza del rispetto del contraddittorio è ben chiarita anche dalla dottrina di quei paesi dove la possibilità del perito di assumere informazioni e documenti non incontra pressoché limiti. In Francia, ad esempio, Vincent-Guinard, *op. cit.*, p. 780, nell'ammettere che il perito potrà sempre consultare documenti detenuti dalle parti o dai terzi, secondo quanto disposto dall'art. 243 *n.c.p.c.*, eventualmente ricorrendo all'ausilio del giudice nel caso di mancata collaborazione, afferma che ciò potrà avvenire soltanto se in concreto venga rispettato pienamente il contraddittorio.

[24] Significativa eccezione è quella prevista nel nostro ordinamento dagli artt. 198 e 199 c.p.c., relativi all'esame contabile, che attribuiscono al consulente tecnico il potere di tentare la conciliazione e, se riesce, di sottoscrivere il relativo verbale unitamente alle parti, sebbene l'efficacia esecutiva di tale verbale possa essere attribuita soltanto con apposito decreto del giudice.

[25] Nel diritto francese, l'art. 240 *n.c.p.c.* fa espresso divieto al perito di conciliare le parti, anche se, come riferiscono Solus-Perrot, *op. cit.*, p. 775 s., nel sistema previgente tale facoltà era unanimemente ammessa, soprattutto ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, che anzi incentivava una simile prassi anche al fine di alleggerire parte del contenzioso; nella prassi, tuttavia, ciò finiva per provocare ritardi nel deposito della perizia, dovuti a presunte trattative tra le parti che finivano per bloccare abusivamente il compito del perito. La categoricità del divieto imposto dall'art. 240 citato può spiegare, oggi, alcune recenti posizioni della dottrina, che ha sollevato critiche nei confronti di tale norma e ne ha avanzato proposte di riforma; in particolare, Olivier, *Modifications envisagées de certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile ayant trait aux mesures d'instruction confiées à des techniciens*, in *Gaz. Pal.*, 27-28 febbraio 2002, nn. 50-51, p. 8, propone la sostituzione di tale norma con altra che consenta al giudice di dare mandato al perito di tentare la conciliazione tra le parti entro un termine ragionevole, fissato dal magistrato.

DELIBAZIONE DELLE SENTENZE STRANIERE E RUOLO DEL PM

Il giudizio di delibazione delle sentenze straniere che accertano i rapporti di stato: qual è il ruolo del Pubblico Ministero?

di Francesco Martire

DEL 3 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Il giudizio di delibazione delle sentenze straniere: l'art. 67 l. 218/1995
3. La partecipazione Pubblico Ministero nell'ambito del procedimento di riconoscimento di sentenze straniere aventi ad oggetto rapporti di stato: il Pubblico Ministero è un litisconsorte necessario con potere di impugnazione se il provvedimento riguarda cause matrimoniali
4. Le Sezioni Unite e la sentenza «dei due padri»: il Pubblico Ministero è un litisconsorte necessario privo di legittimazione ad impugnare nell'ambito del giudizio di riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero in materia genitoriale
5. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

L'efficacia delle sentenze straniere nell'ordinamento interino inerisce al diritto internazionale privato, la cui disciplina è stata oggetto di numerosi interventi legislativi che hanno tentato di configurare un sistema normativo idoneo a risolvere le principali problematiche riscontrate su tale terreno dagli operatori del diritto.

Dal punto di vista del diritto positivo nazionale, il referente normativo è di certo rappresentato dalla [l. 218/1995](#), avente ad oggetto la «riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato». Tale provvedimento, infatti, ha modificato gli artt. [796](#) ss. c.p.c., predisponendo la disciplina cui l'interprete deve far riferimento nel momento in cui sia chiamato a risolvere le questioni derivanti dall'ingresso nell'ordinamento nazionale di provvedimenti giurisdizionali emanati da un giudice straniero.

Il tema assume, poi, una particolare rilevanza con riferimen-

to all'accertamento dei rapporti inerenti allo *status* dell'individuo, in quanto essi conferiscono la titolarità di situazioni giuridiche dal contenuto complesso[1].

Per quel che interessa in questa sede, è opportuno sottolineare che tale complessità giustifica, in una prospettiva schiettamente processuale, la previsione di cui all'[art. 70, comma 1 n. 3 c.p.c.](#), il quale stabilisce che il Pubblico Ministero debba intervenire a pena di nullità, rilevabile d'ufficio, nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone. La necessità del coinvolgimento di un organo preposto all'esercizio di funzioni pubblicistiche riposa, sul piano sia logico che giuridico, sulla idoneità della decisione giurisdizionale inerente allo *status* personale – essendo irrilevante sotto tale profilo che la stessa sia stata emanata in un ordinamento differente da quello nazionale – ad incidere su interessi pubblici e metaindividuali, la cui tutela non può evidentemente essere affidata alla sola iniziativa dei soggetti privati[2].

[1] Sul punto si veda Danovi, *Le azioni in materia di filiazione ed i principi generali del processo*, 2004. L'Autore specifica che «Gli stati personali presentano caratteristiche differenti rispetto ai tradizionali elementi che costituiscono oggetto del processo civile, *id est* il diritto e il rapporto giuridico, considerati singolarmente, ovvero in insiemi aggregati determinati e specifici. Essi appaiono invero figure composite e poliedriche, costituite da una molteplicità di diritti, rapporti e ulteriori situazioni soggettive ricollegabili a un individuo in virtù di una sua particolare relazione con altri soggetti (privati o pubblici) e da entrambi promananti, in un mosaico caleidoscopico di elementi attivi (diritti, interessi, facoltà, poteri) e passivi (doveri, obblighi, soggezioni) non preconizzabili».

[2] Cfr. Danovi, *Solo il P.M. può far valere la nullità della sentenza per il suo mancato intervento?*, 2017. L'Autore, nel commentare Cass. civ., Sez. 1, [11.05.2017, n. 11536](#), la quale ha affermato l'impossibilità di estensione analogica del divieto per l'interdetto di contrarre matrimonio previsto dall'[art. 85 c.c.](#) al soggetto be-

La chiarezza del dato normativo non ha impedito, tuttavia, il sorgere di numerose incertezze sul piano pratico in merito ai concreti poteri di azione del Pubblico Ministero. Tali problematiche risultano tanto più evidenti con riferimento al giudizio di delibazione di sentenze straniere poiché, in assenza di espresse indicazioni legislative, il ruolo della parte pubblica è stato progressivamente individuato in via pretoria.

Da questo punto di vista, ha assunto grande rilevanza sistemica la recente sentenza delle Sezioni Unite civili [8.05.2019, n. 12193](#), la quale ha contribuito in modo determinante alla concreta definizione del peso che all'organo pubblico deve essere attribuito nell'ipotesi di riconoscimento giurisdizionale della decisione straniera avente ad oggetto l'accertamento di un rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano.

2. Il giudizio di delibazione delle sentenze straniere: l'art. 67 l. 218/1995

In base agli artt. [796](#) ss. c.p.c. il provvedimento dell'autorità giudiziaria straniera poteva produrre effetti nell'ordinamento interno solo a seguito dell'incardinamento di un apposito procedimento innanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente, strumentale all'emanazione di una sentenza dichiarativa dell'efficacia del *dictum* in questione. Peraltro, in base alle suddette disposizioni, sull'istante gravava l'onere

di provare il rispetto, nell'ambito del processo tenutosi all'estero, dei diritti d'azione e difensivi generalmente garantiti dall'ordinamento italiano.

La [l. 218/1995](#), intervenendo sulla illustrata disciplina, ha radicalmente modificato l'assetto normativo fino a quel momento esistente: in particolare, l'[art. 64 della suddetta legge](#) stabilisce che, al ricorrere di determinate condizioni, la sentenza straniera «è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento»[\[3\]](#). Peraltro, è opportuno precisare che i rapporti di stato sono oggetto di una specifica disposizione, l'[art. 65 l. 218/1995](#), la quale specifica che i provvedimenti stranieri aventi ad oggetto i rapporti di famiglia, i diritti della personalità e la capacità delle persone producono automaticamente effetti nell'ordinamento interno, purché non siano in contrasto con l'ordine pubblico e siano emanati nel rispetto dei diritti essenziali di difesa.

Completano la relativa disciplina gli artt. [66](#), relativo ai provvedimenti di volontaria giurisdizione, e [67](#), il quale si occupa della «attuazione delle sentenze e dei provvedimenti di volontaria giurisdizione stranieri e della contestazione del riconoscimento».

In particolare, quest'ultima disposizione detiene un ambito di applicazione eventuale, ma comunque di fondamentale importanza. Essa, infatti, fa riferimento alle ipotesi in cui venga contestato il possesso da parte della sentenza straniera dei requisiti di cui all'[art. 64](#) ovvero a quelle in cui quest'ul-

necifario dell'amministrazione di sostegno, mette in evidenza come l'intervento del PM nei giudizi di stato sia finalizzato alla tutela non solo dell'astratto interesse pubblico alla chiara determinazione della condizione giuridica dell'individuo intesa nella sua dimensione dinamica e relazionale, ma anche a quella del concreto interesse metaindividuale dei soggetti coinvolti quali parti in causa, essendo possibile che i medesimi siano sprovvisti di «una personale difesa processuale». Sotto tale profilo, determinante è l'azione dell'organo pubblico quando essa risulti strumentale alla protezione degli interessi dei minori.

[\[3\]](#) Cfr. [Art. 64, comma 1 lett. a\) -g\) l. 218/1995](#). Di particolare importanza è la previsione della lett. g), la quale fa riferimento alla necessità che la pronuncia straniera non si ponga in contrasto con l'ordine pubblico. Sotto tale profilo, interessante è il contributo di Viccèi, *Riconoscimento delle adozioni omosessuali pronunciate all'estero: nessun contrasto con l'ordine pubblico*, 2018. L'Autrice, nell'annotare Cass. civ., Sez. 1, [31.05.2018, n. 14007](#), sottolinea come i Giudici di legittimità abbiano affermato che «il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico, secondo il diritto internazionale privato, ex artt. [64](#) ss. l. n. 218/1995, è finalizzato esclusivamente a riconoscere effetti in Italia ad uno specifico atto o provvedimento straniero relativo ad un particolare rapporto giuridico tra determinate persone e non a introdurre direttamente la Legge straniera, come fonte autonoma. La nozione di ordine pubblico è circoscritta ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta Costituzionale, fra cui quello relativo all'interesse superiore del minore, non essendovi ricomprese, al contrario, norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa in materie connesse o direttamente implicate. Nella materia in oggetto, il principio del superiore interesse della minore opera necessariamente come un limite al pari della clausola di ordine pubblico, che va sempre valutata con cautela e alla luce del caso concreto». Sul punto si veda anche Magra, *La delibazione delle sentenze straniere*, 2015: «Il controllo di conformità all'ordine pubblico, previsto dall'[art. 64 lett. d\)](#), riguarda la consonanza della sentenza straniera ai principi di struttura in materia morale, sociale ed economica dello Stato in cui opera il riconoscimento (ad esempio sarebbe palesemente contrario con l'ordine pubblico italiano un matrimonio con connesso patto di schiavitù). In ogni caso, emerge una tendenza interpretativa a circoscrivere entro confini non eccessivamente dilatati l'eccezione di ordine pubblico, in modo da evitare un uso indiscriminato di essa, in quanto legata a parametri propri dell'ordinamento di singoli Stati. [...]. La legge non contiene un'elencazione dei principi di ordine pubblico, che sono di matrice giurisprudenziale, come tali mutabili nel tempo. Va, peraltro, tenuto presente che allo stato tende a prevalere un'esegesi, secondo cui l'ordine pubblico cui occorre riferirsi è quello internazionale, da ricostruire attraverso l'individuazione di esigenze comuni ai diversi ordinamenti, con particolare riguardo alla valorizzazione della persona». Nello stesso senso si veda Marzialetti, *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione*, 2016. L'Autrice richiama il concetto di ordine pubblico internazionale specificando che, per consolidata giurisprudenza, «la valutazione dei presupposti dell'adozione compete interamente all'organo (straniero) cui l'adozione è richiesta, sicché al giudice italiano spetta il solo esame della conformità ad ordine pubblico del provvedimento reso. Egli, infatti, non deve compiere nuovamente una valutazione dei presupposti della pronunciata decisione alla luce dei principi nazionali, ma solo valutarne gli effetti in tema di consonanza con l'armonia interna».

tima, pur essendo idonea di per sé a produrre effetti nell'ordinamento, non venga concretamente eseguita o, ancora, sia necessario procedere ad esecuzione forzata.

In sostanza, il legislatore, pur affermando in via generale il principio della produzione automatica degli effetti della pronuncia extraterritoriale nell'ordinamento interno, ha necessariamente dovuto tener conto della possibilità di una sua contestazione. In tal caso, ai sensi dell'[art. 67, comma 1](#), chiunque vi abbia interesse può chiedere alla Corte d'Appello del luogo di attuazione l'accertamento dei requisiti di riconoscimento. Peraltro, la disposizione in esame differenzia gli effetti della pronuncia di accertamento in base alla circostanza che la contestazione sia avvenuta o meno nel corso di un processo: in tale ultima ipotesi, ai sensi dell'[art. 67, comma 3](#), il giudice adito può accertare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge ma con efficacia esclusivamente endoprocessuale^[4].

Ad ogni modo, la delibazione consiste in un giudizio avente un oggetto di natura eminentemente processuale, nel senso che l'accertamento della Corte d'Appello – ma ciò vale anche nel caso in cui il riconoscimento avvenga al di fuori del campo di applicazione dell'[art. 67](#) e dunque nelle ipotesi in cui difettino i requisiti di cui all'[art. 64](#), derivando da ciò l'inapplicabilità del principio di produzione automatica degli effetti nell'ordinamento nazionale – deve riguardare in via principale la sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge per il riconoscimento e non può risolversi in valutazioni di merito relative al rapporto sostanziale già oggetto della decisione del giudice straniero^[5].

3. La partecipazione Pubblico Ministero nell'ambito del procedimento di riconoscimento di sentenze straniere aventi ad oggetto rapporti di stato: il Pubblico Ministero è un litisconsorte necessario con potere di impugnazione se il provvedimento riguarda cause matrimoniali

L'[art. 796, comma 3 c.p.c.](#) stabiliva espressamente la necessità di partecipazione del Pubblico Ministero ai giudizi di delibazione delle sentenze straniere, alla luce della necessità di

predisporre una tutela rafforzata dell'interesse pubblico alla introduzione nell'ordinamento nazionale delle sole pronunce giurisdizionali rispettose dei principi e delle garanzie del diritto interno sostanziale e processuale.

Al contrario, la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato non contiene un analogo riferimento. Tale circostanza ha causato problemi ermeneutici di non poco conto sia alla dottrina che alla giurisprudenza con riferimento ai casi di riconoscimento di pronunce straniere aventi ad oggetto l'accertamento dei rapporti di stato, in quanto in tali ipotesi la presenza dell'organo pubblico risulta funzionale alla tutela di interessi sia pubblici che metaindividuali ed in particolare del «*best interest of the child*», cioè del minore destinatario del provvedimento di adozione o inciso, sotto il profilo sia personale che patrimoniale, dalle vicende relative al vincolo matrimoniale intercorrente tra i genitori.

Avendo l'abrogazione dell'[art. 796 ss. c.p.c.](#) ad opera della [l. 218/1995](#) fatto venire meno l'obbligatorietà dell'intervento del PM, una parte della dottrina ha ipotizzato, *de iure condito*, la mera eventualità di tale partecipazione nei giudizi di delibazione, nel senso che l'organo pubblico può intervenire in sede di riconoscimento della pronuncia straniera solo nel momento in cui valuti la sussistenza in concreto di un interesse pubblico da tutelare. Il principale riferimento a livello di diritto positivo sarebbe individuato nel già menzionato [art. 70, comma 1 n. 3 c.p.c.](#), il quale attribuirebbe al PM un fondamentale potere di vigilanza in sede di valutazione della compatibilità con l'ordine pubblico della pronuncia emanata all'estero nel caso in cui l'accertamento giurisdizionale abbia avuto ad oggetto uno *status* personale.

Altra dottrina, confortata dalla giurisprudenza, ritiene invece che la partecipazione del PM sia comunque necessaria nei giudizi di riconoscimento delle sentenze aventi ad oggetto il vincolo matrimoniale, in base ad un'interpretazione estensiva dell'[art. 70, comma 1 n. 2 c.p.c.](#) e dell'espressa previsione dell'[art. 5, comma 1 l. 898/1970](#) in materia divorzile^[6].

^[4] Per la ricostruzione dell'evoluzione della disciplina di diritto internazionale privato si è fatto riferimento a Magra, *La delibazione delle sentenze straniere*, cit. Per quanto riguarda la struttura del procedimento di delibazione di cui all'[art. 67 l. 218/1995](#) si veda anche Astigiano, *Aspetti processuali e diritto di difesa nel procedimento di riconoscimento di sentenze straniere*, 2014. L'Autore mette in evidenza le problematiche derivanti dalla lacunosità della relativa disciplina; in particolare, la [l. 218/1995](#), di per sé, non ha espressamente indicato la tipologia di procedimento che le parti ed il giudice della delibazione devono seguire. Solo in un momento successivo, con l'entrata in vigore dell'[art. 30 d.lgs. 150/2011](#), il legislatore ha previsto che ai giudizi aventi ad oggetto la contestazione del riconoscimento delle sentenze straniere debba essere applicato il rito di cui agli artt. [702 bis ss. c.p.c.](#) Altro aspetto rilevante è quello relativo alla legittimazione ad agire: in particolare, la giurisprudenza (*ex multis* l'Autore cita Cass. civ., [1.07.2007, n. 16991](#)) ha affermato che «l'interesse ad agire per l'accertamento dei requisiti del riconoscimento di sentenza straniera sussiste tutte le volte in cui, in concreto, ricorra uno dei presupposti previsti dall'[art. 67, comma 1, l. n. 218/1995](#), vale a dire: la mancata ottemperanza alla sentenza straniera, la contestazione del suo riconoscimento, oppure la necessità di procedere ad esecuzione forzata» da intendersi come ipotesi costituenti un *numerus clausus*.

^[5] Cfr. Danovi, *Riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio ed intervento necessario del P.M.*, 2004.

^[6] Sul punto si veda Dosi, *Cause matrimoniali e Pubblico ministero. Sempre necessaria la presenza della parte pubblica*, 2003. L'Autore commenta Cass. civ.,

Peraltro, in base al disposto dell'art. 70, comma 4 c.p.c., l'organo pubblico è legittimato ad impugnare le sentenze dichiarative di efficacia/inefficacia delle sentenze straniere nella suddetta materia^[7].

È opportuno precisare che sia la dottrina che la giurisprudenza, con riferimento ai rapporti di stato, si sono sempre esclusivamente interrogate sul ruolo del Pubblico Ministero nell'ambito dei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere aventi ad oggetto cause matrimoniali. Per tali ragioni, risulta di fondamentale portata la sentenza delle Sezioni Unite civili [8.05.2019, n. 12193](#), la quale, occupandosi di tali problematiche con riferimento alle cause in materia genitoriale, è pervenuta a conclusioni parzialmente differenti.

4. Le Sezioni Unite e la sentenza «dei due padri»: il Pubblico Ministero è un litisconsorte necessario privo di legittimazione ad impugnare nell'ambito del giudizio di riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero in materia genitoriale

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite hanno affrontato il caso di una coppia omosessuale che, dopo aver generato due gemelli in territorio canadese per il tramite della

maternità surrogata, ha ottenuto dal giudice di quello Stato due provvedimenti: con il primo di essi è stata disconosciuta la genitorialità della gestante e riconosciuta quella di uno solo dei due coniugi – quello donatore di seme – mentre con il secondo è stata affermata la cogenitorialità anche dell'altro. Successivamente, i due coniugi sono riusciti ad ottenere la trascrizione in Italia del primo dei provvedimenti in questione; al contrario, l'Ufficiale di stato civile, pur a fronte del riconoscimento in territorio nazionale degli effetti del matrimonio della coppia quale unione civile ai sensi dell'[art. 1, comma 28 l. 76/2016](#), si è rifiutato di trascrivere anche il secondo provvedimento ritenendolo contrario all'ordine pubblico. La Corte d'Appello, a seguito di ricorso presentato dagli interessati ai sensi dell'[art. 67 l. 218/1995](#), ha riconosciuto la decisione straniera relativa all'attribuzione della cogenitorialità al coniuge non donatore, ordinandone la trascrizione. Avverso la suddetta ordinanza hanno proposto ricorso sia il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello che il Ministero degli Interni, dando origine al procedimento dal quale è scaturita la pronuncia in esame.

Per quel che interessa in questa sede, si sottolinea come la Suprema Corte, prima di decidere nel merito, abbia dovu-

Sez. 1, [6.06.2003, n. 9085](#), la quale deduce la necessità di partecipazione del PM nelle cause matrimoniali deducendola, oltre che dalle disposizioni normative citate, anche dal potere di impugnazione di cui agli artt. [117](#) e [119](#) c.c., dall'[art. 95 dell'ordinamento di stato civile](#) e dall'esigenza di preservare il principio di uguaglianza sostanziale. Infatti, a fronte della obbligatorietà dell'intervento della parte pubblica nelle cause matrimoniali incardinate sul territorio nazionale, l'esclusione della necessità di una sua partecipazione anche nei giudizi di delibazione di sentenze straniere aventi il medesimo oggetto si tradurrebbe in una inammissibile disparità di trattamento. Nello stesso senso Pagnotta, *Riconoscimento di sentenze di divorzio straniere e intervento del pubblico ministero*, 2004; Tommaseo, *Riconoscimento di sentenze matrimoniali straniere ed intervento necessario del Pubblico Ministero*, 2003. Infine, per un maggiore approfondimento sul tema non può prescindersi dal contributo di Danovi, *Riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio ed intervento necessario del P.M.*, cit.: «Chiarito quindi da un lato come l'automatismo del riconoscimento delle sentenze straniere (anche di divorzio) rappresenti la regola generale nel sistema, alla quale tuttora resistono le sole eccezioni individuate dall'[art. 67 l. 218/1995](#), dall'altro come fuoriesca dall'ambito di applicazione di quest'ultima norma il caso della immediata (e non contestata) richiesta di trascrizione della sentenza straniera di divorzio, occorre verificare se, nei casi in cui la riconoscibilità in executivis o la contestazione del riconoscimento ancora impongano una parentesi giudiziale, il p.m. sia o meno tenuto a intervenire in tale sede. [...] Tuttavia, pur condividendo la tesi della natura di accertamento (e non costitutiva) della sentenza interna (difficilmente contestabile, posto che lo stesso [art. 67](#) individua nell'«accertamento» dei requisiti del riconoscimento il quid proprium della sentenza) e dell'oggetto *strictu sensu* processuale, non per ciò solo deriva a nostro avviso la conseguenza di escludere la necessità dell'intervento del p.m. nei casi di specie. In effetti, ove si indaghino i motivi che rendono possibile (ovvero escludono) il riconoscimento (id est, la presenza o assenza dei requisiti di cui all'[art. 64 l. 218/1995](#)), riemergono in una certa misura quelle stesse finalità che dal nostro legislatore sono state poste a fondamento, in determinate ipotesi, della presenza necessaria in giudizio dell'organo pubblico. Ciò parrebbe desumersi in primo luogo con riferimento al rispetto dell'ordine pubblico, espressamente contemplato dalla lettera g) dell'[art. 64 l. 218/1995](#). E non a caso, a quest'ultimo canone si è recentemente ricollegata la Cassazione, sostenendo che nelle ipotesi di specie il necessario rispetto dell'ordine pubblico dovrebbe comunque essere coltivato e garantito attraverso l'intervento del p.m. A questo riguardo è bene intendersi: se con tale affermazione si intende compiere un riferimento generale al principio (e al limite) dell'ordine pubblico, siccome richiesto dagli artt. [64](#) e [65 l. 218/1995](#), si dovrebbe giungere alla conclusione di richiedere l'intervento del p.m. non soltanto nell'ambito di fattispecie come quella in esame, bensì in tutti i casi in cui operi il meccanismo previsto dall'art. 67; conclusione questa che pare decisamente esorbitante, in quanto reintroduttiva di quel principio *antea* previsto dall'[art. 796 c.p.c.](#) che il sistema attuale certamente non ha inteso riproporre. Piuttosto, la rilevanza della non contrarietà all'ordine pubblico riemerge considerando che, stante il connotato «sostanziale» di tale aspetto, è sempre prima di tutto al dato materiale del rapporto sottostante che occorre fare riferimento. In altri termini, il controllo del requisito della non contrarietà all'ordine pubblico non impone per sé solo necessariamente la presenza del p.m. in tutti i casi di riconoscimento di sentenza straniera, ma la rende nuovamente dovuta in quelle ipotesi in cui la fattispecie sostanziale involga interessi metaindividuali, e a garanzia del rispetto di questi presupponga nel nostro ordinamento la presenza dell'organo pubblico».

^[7] Le considerazioni illustrate sono tratte da Campiglio, *Il ruolo del pubblico ministero in sede di riconoscimento delle sentenze straniere in ambito familiare*, 2019.

to affrontare la questione pregiudiziale relativa alla legittimazione ad impugnare dei ricorrenti, contestata dai resistenti per il tramite di apposito controricorso.

Da questo punto di vista, le Sezioni Unite hanno ritenuto di disattendere le argomentazioni del Procuratore Generale, dichiarando il difetto di legittimazione dello stesso rispetto all'impugnazione del provvedimento di riconoscimento emanato dalla Corte territoriale.

Il Supremo Consesso, rifacendosi in particolare all'orientamento giurisprudenziale in materia di cause matrimoniali e giudizi di stato di cui si è dato conto in precedenza, ha ribadito che il PM ha un potere-dovere di intervento in sede di riconoscimento delle provvedimento straniero in virtù della natura del rapporto controverso e della «indisponibilità delle situazioni giuridiche fatte valere, da cui deriva l'esigenza di garantire che, pur nel rispetto del principio dispositivo, gli strumenti processuali apprestati per la tutela delle predette situazioni operino in funzione della puntuale applicazione della legge. Correttamente, nella specie, l'ordinanza impugnata ha confermato la legittimazione del Pubblico Ministero ad intervenire nel giudizio dinanzi a sé, avuto riguardo alla natura della questione sollevata dagli istanti, che, in quanto avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero attributivo di uno *status*, è qualificabile, come si è detto, come controversia di stato, con la conseguente applicabilità dell'[art. 70, primo comma, n. 3, c.p.c.](#), che attribuisce all'organo in questione la qualità di parte necessaria nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, prescrivendone l'intervento a pena di nullità rilevabile d'ufficio».

Per quanto concerne la sussistenza del potere di impugnazione, una soluzione negativa viene privilegiata dalle Sezioni Unite essenzialmente sulla base dell'interpretazione in virtù della quale la disciplina processuale relativa al ruolo del Pubblico Ministero nel processo civile delinea un sistema dicotomico e informato al principio di tassatività e tipicità. In particolare, gli artt. [70](#) e [72 c.p.c.](#), individuando i casi in cui è ammessa la partecipazione del PM, distinguono in senso rigidamente alternativo le ipotesi in cui questi ha un mero potere di intervento da quelle in cui invece detiene un vero e proprio potere d'azione e di impugnazione. L'individuazione in tali termini della logica del sistema permette di affermare l'applicabilità al caso di specie dell'[art. 70, comma 1 n. 3 c.p.c.](#), trattandosi di un giudizio comunque avente ad oggetto uno *status* personale, e, contestualmente, l'inconfigurabi-

lità di alcuno dei poteri di azione previsti dall'[art. 72 c.p.c.](#), in quanto il quarto comma della medesima disposizione attribuisce al PM un potere di impugnazione delle sentenze di riconoscimento di provvedimenti stranieri solo in materia matrimoniale e non anche genitoriale.

Siffatta impostazione, ad avviso del Collegio, trova ulteriore conforto nella impossibilità di accoglimento delle argomentazioni proposte dal Procuratore Generale, il quale, pur tenendo conto della disciplina codicistica, ha ritenuto di poter individuare una base normativa dei poteri di impugnazione del Pubblico Ministero anche in tali ipotesi negli artt. [95 d.p.r. 396/2000](#) e [73 r.d. 12/1941](#).

Sul punto, la Cassazione ha precisato che l'[art. 95 d.p.r. 396/2000](#), relativo al procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile, fa riferimento a tipologie di controversie «intrinsecamente disomogenee» rispetto a quelle di cui si discute, ostando ciò all'estensione alle seconde del potere di iniziativa riconosciuto al PM nelle prime. Per quanto riguarda, invece, l'[art. 73 r.d. 12/1941](#), concernente le attribuzioni generali dell'organo pubblico nell'ambito dell'ordinamento giudiziario^[8], i Giudici di legittimità hanno affermato che tale osservazione non tiene conto della «anteriorità di tale disposizione rispetto alla disciplina introdotta dal [codice civile \(art. 2907\)](#) e dal [codice di procedura civile \(art. 69\)](#), che concordemente limitano l'iniziativa del Pubblico Ministero in materia civile ai soli casi stabiliti dalla legge, in tal modo delineando un sistema ispirato a canoni di rigida tipizzazione, nell'ambito del quale risulta assente qualsiasi riferimento all'osservanza delle «leggi d'ordine pubblico».

Conclusivamente, le Sezioni Unite hanno elaborato il seguente principio di diritto: «Nel giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, il Pubblico Ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, ai sensi dello [art. 70, primo comma, n. 3, c.p.c.](#), ma è privo della legittimazione ad impugnare la relativa decisione, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico».

5. Riflessioni conclusive

Il ruolo della parte pubblica nell'ambito dei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere, quando queste hanno ad oggetto uno *status* personale, è stato progressivamente definito dalla giurisprudenza ed una parte della dottrina

[8] In particolare, si veda [art. 73, comma 4 r.d. 12/1941](#) in base al quale il Pubblico Ministero «Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, e per la tutela dell'ordine corporativo, sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita».

per il tramite di soluzioni interpretative fedeli al contenuto non solo delle disposizioni sostanziali di settore ma anche di quelle processuali inerenti alle modalità di partecipazione del PM nel processo civile. A fronte degli esiti distonici derivanti dalle modifiche normative della disciplina di diritto internazionale privato, le quali hanno comportato, sul piano del diritto positivo, un improvviso esautoramento dell'organo pubblico nell'ambito dei procedimenti di deliberazione, gli interpreti ed in particolare i Giudici di legittimità hanno saputo assicurare la conservazione di uno spazio di operatività per il Pubblico Ministero, in modo da preservarne la irrinunciabile funzione di tutela degli interessi pubblici e metaindividuali coinvolti. In particolare, come si è visto, la giurisprudenza ha ribadito la necessità di una sua partecipazione nei giudizi di stato essendo indifferente, alla luce del principio di uguaglianza sostanziale, che gli stessi consistano in una vicenda puramente interna all'ordinamento o abbiano ad oggetto il riconoscimento di un provvedimento emanato al di fuori del territorio nazionale. Allo stesso tempo, alla necessità di partecipazione in siffatti procedimenti non corrisponde l'attribuzione di uguali po-

teri processuali, poiché il sistema normativo delineato dal Codice di rito risulta rigidamente informato al principio di tassatività. Da ciò deriva l'inadeguatezza di quegli approdi ermeneutici che ritengono di poter aggirare il dato codicistico, in quanto la previsione di poteri di iniziativa e soprattutto di impugnazione deve essere riconosciuta solamente in quelle ipotesi, come nel caso delle cause matrimoniali, espressamente contemplate dalla legge.

Pertanto, la differenziazione operata in sede legislativa sembra riposare sulla considerazione per cui la natura poliedrica e complessa delle situazioni giuridiche riconducibili allo *status* dell'individuo implica un novero altrettanto vario degli strumenti preposti alla loro tutela.

Sotto tale profilo, la pronuncia nomofilattica illustrata mostra una grande sensibilità sistematica, bilanciando prudentemente l'esigenza di assicurare l'effettività del ruolo della parte pubblica, principale fattore di emersione degli interessi sensibili all'interno del giudizio di stato, con quella di garantire il rispetto della *ratio* del sistema processuale, il quale pone chiari limiti all'azione del Pubblico Ministero nel processo civile.

LOCAZIONE, INADEMPIMENTO E COMPETENZA

Canoni di locazione insoluti? La competenza spetta al tribunale (Nota a Cass. civ., ordinanza 30 luglio 2019, n. 20554)

di Alessandro Nascosi

DEL 7 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Il caso
2. La tesi estensiva in favore del giudice di pace
3. La tesi restrittiva che radica la competenza in capo al tribunale
4. La posizione assunta dalla Cassazione

1. Il caso

Il proprietario di un immobile ad uso abitativo, dopo aver ottenuto lo sfratto per morosità nei confronti del conduttore, ricorreva al tribunale ordinario per ottenere la pronuncia di un decreto ingiuntivo per la somma di € 2.000 a seguito del mancato versamento dei canoni di locazione. In sede di opposizione al decreto ingiuntivo, il conduttore eccepiava l'incompetenza per valore del tribunale adito adducendo che, stante l'ammontare della somma della quale si aggiungeva l'adempimento, la cognizione della causa sarebbe dovuta rientrare nella sfera di competenza del giudice di pace. Il tribunale, in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'opponente, declinava con ordinanza la propria competenza, statuendo che la causa dovesse seguire le ordinarie regole di competenza per valore e pertanto essere affidata al giudice di pace. Avverso l'ordinanza veniva proposto regolamento necessario di competenza da parte dell'opposto soccombente. Attraverso la decisione del [10 gennaio-30 luglio 2019, n. 20554](#), la Corte di cassazione adita in sede di regolamento a norma dell'[art. 42 c.p.c.](#) ha avuto modo di assumere una ferma posizione, riconoscendo la competenza al tribunale ogniqualvolta viene promossa una domanda avente per oggetto il mancato pagamento dei canoni derivanti da un rapporto di locazione. La decisione in esame consente di svolgere alcune riflessioni che coinvolgono, all'atto pratico, alcune zone d'ombra nella distribuzione della competenza tra giudice di pace e tribunale, al fine

di stabilire, a quale giudice occorre rivolgere la domanda per il recupero delle somme dovute a titolo di canoni di locazione rimasti insoluti. La questione, particolarmente sentita nella pratica delle aule di giustizia, pone sul tappeto le difficoltà di individuare la regola di competenza applicabile alle domande giudiziali che, pur trovando la propria fonte in un contratto di locazione (od in termini simili anche in un contratto affitto di azienda o di comodato), si concretizzano in un'autonoma istanza di pagamento di somme di denaro (ossia al di fuori dello sfratto per morosità che consente di inserire la domanda monitoria all'interno dell'atto di intimazione), lasciando (tendenzialmente) sottostante il rapporto sostanziale.

2. La tesi estensiva in favore del giudice di pace

Come osservato, la S.C. è intervenuta in un acceso dibattito che ha visto contrapporsi due differenti impostazioni in ordine all'attribuzione di competenza in materia di locazione allorquando il proprietario di un'unità abitativa agisca per conseguire (generalmente attraverso la richiesta di un decreto ingiuntivo) quanto legittimamente dovuto nell'ipotesi di inadempimento dei canoni locatizi. Orbene, ad avviso di un primo orientamento (di carattere "estensivo") per stabilire la competenza dell'organo giurisdizionale occorre fare riferimento esclusivamente al *petitum* e ciò indipendentemente dalla circostanza che la controversia trovi la propria origine in un rapporto sostanziale che coinvolge un bene immobi-

le[1]. Secondo questo indirizzo l'oggetto del processo è rappresentato soltanto dal diritto fatto valere avente per oggetto una somma di denaro, mentre il rapporto giuridico sostanziale riguardante il bene immobile da cui trae origine il diritto azionato rimane sullo sfondo del giudizio e oggetto di cognizione solo in via incidentale. Sulla base di questo ragionamento, ritenendo che la controversia abbia per oggetto unicamente il diritto relativo ad un bene mobile (ossia un credito pecuniario) e pertanto un *petitum* mediato concernente il conseguimento di un bene delle vite quale una somma di denaro, allora è semplice ritenere che la competenza è demandata per valore al giudice di pace a norma dell'[art. 7, comma 1°, c.p.c.](#), considerando come "*causa relativa a beni mobili...ogni controversia, personale o reale, di accertamento, di condanna o costitutiva, relativa ad cosa mobile, anche se diretta all'attuazione di un obbligo pecuniario, che sia sinallagmaticamente collegato con un immobile*"[2]. Nelle "cause relative a beni mobili" possono quindi annoverarsi tutte quelle controversie nelle quali si disquisisce di cose mobili (nell'accezione che si ricava per esclusione dall'[art. 812 c.c.](#)), nonchè le liti che si riferiscono a diritti volti all'attuazione di un obbligo pecuniario seppur collegato a un diritto reale immobiliare, con la conseguenza che il giudice onorario sarà competente a giudicare sulle azioni personali inerenti beni immobili e più specificamente sulle azioni finalizzate a conseguire la condanna all'adempimento di obbligazioni pecuniarie che presentino un collegamento sinallagmati-

co con un bene immobile. Pertanto, seguendo quest'orientamento ed applicando le regole ordinarie sul valore della causa, la competenza si rinviene in capo al giudice di pace, essendo sufficiente per radicare il processo innanzi al giudice onorario il semplice fatto dell'esistenza della pretesa creditoria (*petitum* immediato, ovviamente nei limiti del valore del giudice adito) a prescindere dalla causa e dal titolo del credito fatto valere, che può trovare la propria *causa petendi* in un immobile[3]. Nella prospettiva che oggetto del giudizio e della relativa pronuncia definitiva sia il solo diritto fatto valere nei termini di valore del giudice adito, potrebbe affermarsi che il rapporto giuridico sottostante avente come presupposto un bene immobile, rimanga estraneo all'oggetto del giudizio rilevando soltanto in via incidentale. In altri termini, risulterebbero comprese nell'ambito della competenza del giudice onorario tutte le cause relative a beni mobili, purché rientrino nella sua competenza per valore, potendosi quindi incardinare cause inerenti un diritto di credito, reale o potestativo di fronte al giudice di pace.

3. La tesi restrittiva che radica la competenza in capo al tribunale

Una differente interpretazione (di carattere "restrittivo") è offerta da un indirizzo giurisprudenziale che, al fine della determinazione del giudice competente, occorre tenere in considerazione non soltanto il *petitum* della domanda bensì anche la *causa petendi*[4]. Secondo questa impostazione il giu-

[1] In questo senso in giurisprudenza v. Cass., sez. un., [19 ottobre 2011, n. 21582](#), in *Riv. dir. proc.* 2012, pagg. 1391 ss., con nota di Zulberti, *Sulla nozione di "cause relativa a beni mobili" come oggetto della competenza del giudice di pace*, la quale, pur propendendo per la competenza del giudice pace per tutte le controversie relative a beni mobili fino ad € 5.000, statuisce che nell'ipotesi in cui una parte chieda l'accertamento con efficacia di giudicato ex [art. 34 c.p.c.](#) del rapporto di diritto o di fatto con l'immobile e sempre che tale richiesta non appaia *ictu oculi* infondata e strumentale, la competenza del giudice onorario dovrà lasciare spazio alla sfera del tribunale; Cass., [20 luglio 2010, n. 17039](#), in *Foro it. on line* (la quale ha stabilito che una controversia avente per oggetto il risarcimento del danno arrecato da terzi al proprietario di un immobile è assoggettata al criterio della competenza per valore determinato dalla domanda avente per oggetto una somma di denaro senza che rilevi il titolo di godimento del bene); Trib. Reggio Calabria, 9 gennaio 2017. In dottrina v. Finocchiaro, G., *La competenza del giudice di pace per "le cause relative a beni mobili"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pagg. 643 e ss.; Cecchella, in Acone-Capponi-Cecchella-Manzo, *Il giudice di pace*, Napoli, 1992, pag. 110; Acone, *Il giudice di pace (dal dibattito culturale alla legge istitutiva)*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1116; Celeste, *Giudice unico e controversie locative*, in *Arch. loc. cond.*, 1998, pagg. 321 se ss.; sembrano porsi in tale direzione anche Auletta-Panzarola, sub [art. 7, Competenza per materia e valore. Competenza per territorio](#), in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2015, pagg. 8 e ss.; Luiso, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017, pagg. 93, a parere del quale al giudice di pace spettano le controversie, nei limiti del suo valore e salva diversa previsione di legge, non soltanto attinenti a diritti (reali o personali) su beni mobili, ma anche quelle in cui il bene immobile viene in considerazione non quale oggetto di un diritto reale, ma come punto di riferimento di un diritto diverso; Miozzo, *La competenza ed il regolamento di competenza*, *Diritto processuale civile*, I, *Trattati giuridici*, diretto da Dittrich, Torino, 2019, pag. 225. Con riferimento alla figura e alla competenza del conciliatore v. Segré, *Della competenza per materia e valore*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, pagg. 120; D'Onofrio, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Padova, 1941, pagg. 14.

[2] Cass., sez. un., [19 ottobre 2011, n. 21582](#), cit.

[3] La questione oggetto della presente potrebbe essere estesa non soltanto ai canoni di locazione non versati, ma anche ad altre fattispecie quali per esempio il pagamento del prezzo dell'immobile alienato, il risarcimento dei danni cagionati dall'immobile.

[4] La competenza per materia è collegata all'aspetto qualitativo della controversia individuato dal legislatore attraverso il riferimento al tipo di rapporto giuridico dedotto in causa dal quale trae la propria fonte il diritto azionato in giudizio. Ne consegue che dovrà prevalere il criterio della materia ogniquale volta sussi-

dice di pace è competente a conoscere la controversia allorché gli elementi identificativi della domanda abbiano per oggetto un bene mobile. Tale interpretazione si fonda in particolare sull'ultima parte dell'[art. 7, comma 1°, c.p.c.](#) («... quando dalla legge non sono attribuite ad altro giudice») ove si prevede che la competenza per valore del giudice di pace assume i tratti di una competenza residuale^[5] ed opera soltanto in mancanza di un deferimento della competenza *ratione materiae* in capo ad un altro giudice.

Tuttavia per le controversie immobiliari (comprendenti sia le domande aventi per oggetto un diritto reale o personale ed altresì le domande riferite ad un diritto di credito che trova la propria fonte in un rapporto sostanziale alla cui base vi è un bene immobile) il criterio del valore deve cedere il passo a quello della materia essendo le cause immobiliari devolute alla cognizione del tribunale^[6]. In tali casi, infatti, la competenza si radica in forza della situazione sostanziale dedotta in giudizio con la diretta conseguenza che vengono sottratte alla competenza del giudice onorario tutte le vertenze che nascono da rapporti devoluti alla sfera di cognizione di un altro giudice, anche se l'esistenza del rapporto sostanziale (dedotto come *causa petendi*) non sia contestata ed il giudizio abbia per oggetto in via esclusiva l'adempimento di obbligazioni pecuniarie nei limiti della competenza per valore del giudice di pace^[7].

4. La posizione assunta dalla Cassazione

Su questo fervente dibattito è di recente intervenuta la S.C. che, attraverso la decisione in commento, ha attribuito la competenza al tribunale in materia di locazione, e più nello specifico in ordine alle controversie per l'adempimento dei canoni non corrisposti. Il lineare ragionamento compiuto dalla Corte prende avvio dalla soppressione della competenza del pretore (e quindi dell'[art. 8 c.p.c.](#)) ad opera del

[d.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51](#) (v. in particolare gli artt. 1 e 49 del medesimo d.lgs.) al quale era attribuita in via esclusiva la competenza in materia di locazioni e comodato di immobili urbani, nonché di affitto di aziende. Orbene, l'[art. 8 c.p.c.](#) che aveva sempre regolato la competenza per materia dell'ufficio giudiziario pretorile, attribuiva espressamente a questo organo giurisdizionale le controversie in materia di locazione, comodato di immobili urbani, affitto di azienda (oltre alle azioni possessorie e nunciatorie). L'[art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 51 del 1998](#) prevedendo l'eliminazione dell'ufficio del pretore ha contestualmente statuito che «fuori dei casi in cui è diversamente disposto dal presente decreto, le relative competenze sono trasferite al tribunale ordinario» con l'immediato effetto che le controversie precedentemente attribuite al pretore sono demandate con la medesima natura e qualificazione delle singole tipologie di controversie, alla competenza *ratione materiae* del tribunale, quale giudice unico togato di primo grado^[8]. Pertanto, afferma la Cassazione, se il legislatore avesse voluto trasferire tali cause ad un altro giudice in primo grado, l'avrebbe espressamente previsto con una disposizione *ad hoc* variando così il criterio di competenza che radica le controversie locative.

L'interpretazione offerta dalla Corte appare del tutto condivisibile, dal momento che, in prima battuta, tende a valorizzare la volontà del legislatore del 1998 che, all'atto della soppressione dell'ufficio del pretore, ha inteso disporre integralmente il passaggio al tribunale dell'intera materia delle locazioni, preservando così l'unitarietà della competenza originaria del pretore. Ma ciò che è più rilevante è la preminenza – che la Corte ribadisce – del criterio della materia su quello del valore, facendo così prevalere la natura della causa dell'obbligazione oggetto del giudizio. Ne discende che ogni controversia in materia di locazione^[9] accede alla competenza del tribunale (e non a quella per valore del giudice

ste un criterio di devoluzione della competenza che fa riferimento alla tipologia di rapporto giuridico dedotto in gioco, rendendo così irrilevante il residuale criterio del valore.

[5] Cass., 7 febbraio 2008, n. 2945, in *Foro it. on line*; Cass., 3 marzo 2004, n. 4304, *ivi*; Cass., 28 novembre 2001, n. 15100, *ivi*.

[6] Cass., 19 dicembre 2006, n. 27142, in *Foro it. on line*; Cass., 31 gennaio 2006, 2143, *ivi*; Cass., 28 maggio 2004, n. 10300, *ivi*; Cass., 3 marzo 2004, n. 4304, *ivi*; Cass., 3 dicembre 1996, n. 10787, *ivi*; Giudice di pace di Reggio Emilia 14 ottobre 2014, in [www.giudicedipace.it](#); Giudice di Pace di Eboli, 30 maggio 2011, *ivi*. In dottrina in questo senso Zulberti, *op. cit.*, pag. 1397, nota 22; Marinelli-Widman, sub [art. 7, Codice di procedura civile](#). *Commentario*, I, diretto da Consolo, Milano, 2018, pag. 309. Peraltro percorrendo a ritroso le modifiche legislative emerge chiaramente che il giudice di pace non è mai stato competente a decidere della materia locativa. Infatti, la soppressione del giudice conciliatore, a cui un tempo era attribuito il contenzioso locativo, prescinde del tutto dall'istituzione del giudice di pace, essendo le funzioni del conciliatore transitate al pretore in data 30 aprile 1995, in virtù dell'[art. 89 della l. 26 novembre 1990, n. 353](#) e successivamente la competenza su tali controversie è trasmigrata dal pretore al tribunale ([art. 49 del d.lgs. n. 51 del 1998](#)).

[7] Con riferimento alla precedente figura del conciliatore v. sul punto Cass., 7 dicembre 1996, n. 10922, in *Foro it. on line*; Cass., 13 febbraio 1992, n. 1733, *ivi*.

[8] Si esprimono in questa direzione anche Cass., 28 maggio 2004, n. 10300, *cit.*, Cass., 20 febbraio 2002, n. 2471, in *Foro it. on line*. In dottrina v. Trisorio Liuzzi, *Tutela giurisdizionale delle locazioni*, Napoli, 2005, p. 64.

[9] Le cause in materia locativa non sono circoscritte soltanto all'accertamento dell'esistenza, validità, efficacia, risoluzione di un contratto di locazione (Cass.,

onorario) poiché se per un verso quest'organo giurisdizionale è esclusivamente subentrato alla competenza del soppresso ufficio pretorile ereditandone in toto le competenze, per altro verso non sussiste una norma che attribuisca in modo diretto una competenza in materia locatizia già del pretore ad un altro giudice diverso dal tribunale. È facile dunque constatare che nessuna disposizione dell'intervento riformatore sul finire degli anni '90 contempla la devoluzione al giudice di pace di una competenza specifica sulle controversie locatizie, la cui attribuzione all'organo giurisdizionale non si determina sulla base del criterio del valore bensì di quello prevalente della materia. La competenza per materia ha dunque carattere inderogabile e prevale su quella per valore con la conseguenza che, trovandoci nel campo delle locazioni, la cognizione spetta al tribunale^[10], subentrato dal 1998 in tutte le controversie locatizie a prescindere dal valore precedentemente di competenza dell'ufficio del pretore. Ne discende quindi che le locazioni rimangono incardinate dinanzi al tribunale a prescindere dal genere di processo (ordinario o monitorio) con cui vengono trattate e ciò

in forza anche del disposto di cui all'[art. 637 c.p.c.](#) che prevede espressamente che la domanda di ingiunzione va rivolta al giudice che sarebbe competente per la domanda proposta in via ordinaria^[11].

Infine, l'[art. 447-bis c.p.c.](#) nel richiamare le norme applicabili alle vertenze in materia di locazioni individua come giudice competente in secondo grado la Corte d'appello, la quale a norma dell'[art. 341 c.p.c.](#) è il giudice del gravame avverso le sentenze del tribunale^[12]. Per concludere, le argomentazioni portate dalla decisione della S.C. appaiono maggiormente rispondenti alla *ratio legis* seguita dal legislatore nel corso degli interventi normativi succedutesi negli ultimi decenni, ed al contempo si lascia apprezzare poiché cerca di dirimere un conflitto nella ripartizione delle competenze che ha generato una serie di prassi non univoche (sovente supportate da protocolli adottati dai singoli tribunali, v. per esempio il tribunale di Cremona) all'interno degli uffici giudiziari, foriere pertanto di incertezze applicative tra gli operatori del diritto nell'individuazione del giudice competente.

[24 luglio 2001, n. 10070](#), in *Foro it. on line*; Cass., [6 ottobre 1998, n. 9907](#), ivi), ma coinvolgono altresì le vertenze inerenti l'inadempimento dei canoni di locazione, la restituzione del deposito cauzionale, il pagamento degli interessi maturati sulle rispettive somme, il versamento degli oneri accessori condominiali.

^[10] Per quanto concerne la competenza territoriale occorre fare riferimento al tribunale del luogo in cui risulta situato l'unità immobiliare oggetto del contratto di locazione, comodato e affitto.

^[11] Va poi tenuto presente che trattandosi di una domanda monitoria promossa davanti al tribunale in materia di locazione, l'eventuale giudizio di opposizione andrà proposto nelle forme del rito locatizio ex [art. 447-bis c.p.c.](#) Diversamente, forti perplessità sorgerebbero qualora si accogliesse l'indirizzo che demanda la competenza al giudice di pace, poiché in tali casi non risulterebbe chiaro se il giudizio oppositivo dovesse essere instaurato con l'atto di citazione (come sembra preferibile) ovvero con il ricorso introduttivo del rito locatizio.

^[12] Cass., 20 marzo 2007, n. 6672.

RESPONSABILITÀ PER COSE IN CUSTODIA

Responsabilità per cose in custodia: la prova della conoscenza da parte del danneggiato del dissesto stradale esclude la responsabilità del Comune

di Mattia Polizzi

DELL'8 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Massima
2. Vicenda e contenuto della decisione
3. Questioni
4. Osservazioni. Sintetici riferimenti alle principali teoriche in merito alla responsabilità derivante da cose in custodia ed ai relativi riscontri istruttori
5. (segue) Cenni alla responsabilità della P.A. quale custode delle strade pubbliche
6. (Segue) Il «caso fortuito» può essere integrato anche dal comportamento negligente del danneggiato, ma senza alcun automatismo

1. Massima

Il comportamento di un soggetto che, pur essendo a conoscenza della situazione di grave dissesto in cui versa una strada, tenga una condotta imprudente all'atto del percorrerla, costituisce una condotta idonea ad integrare il «caso fortuito» di cui all'[art. 2051 c.c.](#): ciò in quanto, anche in ragione del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso all'[art. 2 Cost.](#), quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione (da parte del danneggiato) delle cautele appropriate in rapporto alle circostanze fattuali, tanto più il comportamento imprudente risulta incidente nella dinamica causale del fatto, fino al punto di poter interrompere il nesso eziologico tra cosa in custodia ed evento dannoso. ([Cassazione civile, Sez. III, 28 giugno 2019, n. 17443](#))

2. Vicenda e contenuto della decisione

Mentre percorreva una strada comunale, un soggetto cadeva a causa di una buca presente sul manto stradale e riportava delle lesioni. Al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti, citava in giudizio il Comune. Il Tribunale adito accoglieva la domanda, condannando l'Ente al risarcimento del danno.

Quest'ultimo impugnava la decisione ed il gravame veniva accolto. La Corte d'Appello affermava in primo luogo che la violazione del dovere di cautela da parte del danneggiato in presenza di una cosa potenzialmente pericolosa integra il caso fortuito idoneo, ai sensi dell'[art. 2051 c.c.](#), ad interrompe-

re il nesso di causalità tra la *res* e l'evento dannoso. Con precipuo riferimento alla vicenda concreta i giudici di secondo grado osservavano poi che da un lato la situazione di dissesto della strada era legata alla sua stessa natura (trattandosi di una mulattiera) ed era percepibile immediatamente a chi vi transitasse; dall'altro, tale circostanza era da considerarsi ancor più significativa per chi, come il danneggiato, era ben a conoscenza dello stato dei luoghi. Sicché, la causa del sinistro veniva identificata unicamente nel comportamento imprudente del danneggiato.

Quest'ultimo propone ricorso per cassazione, sulla base di un unico motivo. Il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'[art. 2051 c.c.](#) in quanto la Corte d'Appello avrebbe erroneamente valutato le risultanze istruttorie, alla luce delle quali era emerso in primo luogo che la frequentazione della strada teatro del sinistro era da ricondursi a solamente una volta all'anno ed in secondo che le buche presenti sulla strada (non illuminata) erano coperte da foglie e piene d'acqua.

La Corte di Cassazione respinge le doglianze, dichiarando inammissibile il ricorso: ciò in quanto il ricorrente ha inteso, «sotto le spoglie della denuncia della violazione di legge», proporre una «revisione del giudizio di fatto, senza passare peraltro attraverso la denuncia del vizio motivazionale, giudizio la cui valutazione è preclusa nella [...] sede di legittimità» (pag. 4 della decisione). I giudici di Piazza Cavour osservano inoltre che la decisione impugnata risulta confor-

me alla giurisprudenza consolidatasi nel tempo, la quale ha affermato che il comportamento negligente del danneggiato può integrare il «caso fortuito» di cui all'[art. 2051 c.c.](#): in altri termini, la Corte ricorda che, anche alla luce del «*dovere generale di cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.*», deve essere (ri)affermato il principio in forza del quale «*quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione da parte dello stesso danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando lo stesso comportamento, benché astrattamente prevedibile, sia da escludere come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale*» (così pag. 5 della sentenza).

3 Questioni

La pronuncia della Suprema Corte interviene in una tematica di ordine per così dire «quotidiano» nella aule di giustizia, che ha dato adito ad un nutrito gruppo di decisioni^[1] e che, al contempo, non risulta esente da profili di rilevante criticità: ci si riferisce alla questione dell'esatta individuazione del caso fortuito di cui all'[art. 2051 c.c.](#) che, come noto, consente al custode di liberarsi della responsabilità derivante dai danni cagionati dalle cose poste nella propria sfera di controllo; più nello specifico, la sentenza afferma che è possibile identificare il caso fortuito (anche) nella conoscenza che il soggetto abbia del dissesto dello stato dei luoghi^[2].

4. Osservazioni. Sintetici riferimenti alle principali teoriche in merito alla responsabilità derivante da cose in custodia ed ai relativi riscontri istruttori

Come noto, l'attuale sistema codicistico della responsabilità extracontrattuale segue la logica di un – per così dire – doppio binario. Da un lato si trova il generale principio del *neminem laedere*, positivizzato nel disposto dell'[art. 2043 c.c.](#), a norma del quale «*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*». Dall'altro si pongono svariate ipotesi di responsabilità aquiliana speciali, che presentano elementi di differenza rispetto allo schema generale. Con riferimento a queste ultime casistiche spesso è il sistema di imputazione soggettiva della responsabilità che viene ad essere mutato, in quanto il Legislatore ha reputato, nell'operazione di allocazione della responsabilità, di privilegiare la situazione del danneggiato piuttosto che quella di altri consociati.

Tra tali ipotesi peculiari rientra la fattispecie di cui all'[art. 2051 c.c.](#): la norma, che disciplina la responsabilità di danno cagionato da cose in custodia, dispone che «*ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito*»^[3]. La lettera della legge, invero piuttosto scarna, non consente di evincere con certezza la natura di tale forma di responsabilità e tale incertezza getta ombre pure sulla natura della relativa prova liberatoria. Diverse e plurime sono le teoriche sviluppatesi in conseguenza del dettato normativo: in questa sede, si intende richiamare, pur sinteticamente, le principali tre prospettive emerse al riguardo^[4].

Alla luce di una prima impostazione dottrinale, in analogia

[1] Cfr., *ex pluribus*, anche con precipuo riferimento alla responsabilità della P.A., Cass. Civ., Sez. VI, [16 maggio 2017, n. 12027](#); Cass. Civ., Sez. VI, [27 marzo 2017, n. 7805](#); Cass. Civ., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 5695; Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2016, n. 5622; Cass. Civ., Sez. III, 11 marzo 2016, n. 4768; Cass. Civ., Sez. III, [12 marzo 2013, n. 6101](#); Cass. Civ., Sez. III, [18 ottobre 2011, n. 21508](#); Cass. Civ., Sez. III, [18 luglio 2011, n. 15720](#), in *Resp. civ. e prev.*, 2012, II, pagg. 522 e ss., con nota di Balucani, *Condotta omissiva dell'Ente pubblico e prevedibilità dell'evento dannoso nella responsabilità ex art. 2051 c.c.: due casi a confronto*; Cass. Civ., Sez. III, [20 novembre 2009, n. 24529](#); Cass. Civ., Sez. III, [19 novembre 2009, n. 24419](#); Cass. Civ., Sez. III, [3 aprile 2009, n. 8157](#); Cass. Civ., Sez. III, [6 giugno 2008, n. 15042](#).

[2] Per analoghe pronunce in tal senso si v., a titolo di esempio Cass. Civ., Sez. III, [1° febbraio 2018, n. 2482](#); Cass. Civ., Sez. III, [1° febbraio 2018, n. 2481](#); Cass. Civ., Sez. III, [1° febbraio 2018, n. 2480](#), in *Resp. Civ. Prev.*, 2018, V, pagg. 1558 e ss., con nota di Leonardi, *(L'accidentato terreno del) danno da cose in custodia: la Cassazione offre una ricognizione completa e puntuale dei principi di diritto operanti in tema di responsabilità degli Enti proprietari/gestori delle strade*; Cass. Civ., Sez. III, [1° febbraio 2018, n. 2477](#); Cass. Civ., Sez. III, 1° febbraio 2018, n. 2479, in *Diritto&Giustizia*, 2 febbraio 2018, con nota di Marotta, *La condotta colposa del danneggiato non integra ex se il caso fortuito*; Cass. Civ., Sez. III, 1° febbraio 2018, n. 2478; Cass. Civ., Sez. III, [1° febbraio 2018, n. 2477](#); Trib. Bergamo, Sez. III, 26 novembre 2018, n. 2477, in *Delure*.

[3] Sul tema della responsabilità per cose in custodia si rimanda, pur senza pretesa di esaustività alcuna, a Anelli, Granelli, Schlesinger, Torrente, *Manuale di diritto privato*, 2017, Milano pagg. 931 e ss.; Bianca, *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, in *Giust. civ.*, 2010, I, pagg. 19 e ss.; Bocchini, Quadri, *Diritto privato*, 2018, Torino, pagg. 1312 e ss.; Chinè, Fratini, Zoppini, *Manuale di diritto civile*, 2018, Roma, pagg. 2454 e ss.; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2019, Napoli, pagg. 729 e ss.

[4] Autorevolmente e chiaramente illustrate in Chinè, Fratini, Zoppini, *op. cit.*, pagg. 2338-2341.

con quelli che sono i criteri penalistici di imputazione soggettiva della condotta, la norma introdurrebbe un'ipotesi di responsabilità per colpa presunta: corollario di questa premessa è che resta ineludibile la necessità di ravvisare e provare una, pur presunta, forma di collegamento soggettivo e psicologico tra condotta ed evento dannoso; onere, quest'ultimo, posto a carico del danneggiato.

Altri, invece, ricordano che la causalità civilistica risulta ispirata dall'esigenza di allocare (la responsabilità per) un danno e non da quella, tipica del sistema penalistico, di punire un comportamento anti-giuridico^[5]: alla luce di questa premessa, si ritiene che l'[art. 2051 c.c.](#) altro non rappresenterebbe se non una ipotesi (tra le tante prese in considerazione dal sistema della responsabilità aquiliana) di responsabilità oggettiva, ispirata al brocardo per cui *cuius commoda, eius et incommoda*. Ne consegue, sotto il profilo probatorio, che la responsabilità risulta superabile dalla (sola) dimostrazione dell'intervento del caso fortuito nell'eziologia causale. Si tratta, come sarà possibile osservare meglio *infra*, dell'impostazione dogmatica maggiormente condivisa in dottrina e giurisprudenza e, probabilmente, di quella che appare maggiormente aderente al dato normativo.

Infine, una terza opinione individua nella fattispecie *de qua* una forma di responsabilità semi-oggettiva: la prova liberatoria, dunque, sarebbe raggiunta non solo attraverso l'identificazione di una causa estranea alla sfera di potere custode (il vero e proprio «caso fortuito»), ma anche attraverso la prova e la dimostrazione della condotta diligente del custode stesso.

La giurisprudenza, dal canto proprio, ha per diverso tempo focalizzato la propria attenzione sull'obbligo di diligenza gravante sul custode, in tal modo asseverando la prima delle tesi sopra citate, quella che individua nell'[art. 2051 c.c.](#) un'ipotesi di responsabilità per colpa presunta.

Questa impostazione è stata però superata dalle Sezioni Unite che, con la sent., 11 novembre 1991, n. 12019, hanno invece optato per una ricostruzione in termini oggettivi della responsabilità del custode, sulla scorta di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo è stata affermata l'applicabilità dell'[art. 2051 c.c.](#) al solo c.d. fatto della cosa: ne consegue che, nel caso in cui il danno sia dovuto al c.d. fatto dell'uomo, residua esclusivamente l'applicabilità dell'[art. 2043 c.c.](#) (ed il

relativo onere probatorio). In secondo luogo si è affermata la necessità di tenere presente che il requisito della custodia deve essere inteso non tanto come obbligazione di custodire in termini tecnico-legali, quanto – piuttosto – come mera situazione di fatto: consegue da tal premessa (alla quale, invero, non tutta la giurisprudenza successiva ha aderito) la sufficienza, per l'attore, di fornire la prova del solo nesso causale tra cosa e pregiudizio subito, gravando invece sul custode l'onere di fornire la prova (liberatoria) del fortuito.

5. (segue) Cenni alla responsabilità della P.A. quale custode delle strade pubbliche

Ulteriore questione inerente il tema in parola è ripreso dalla sentenza in nota è quello dell'applicabilità o meno dell'[art. 2051 c.c.](#) alla P.A. Con riguardo a tale questione, una parte della giurisprudenza ha escluso l'operatività della norma citata nel caso di danno causato da beni di rilevanti dimensioni appartenenti alla P.A.^[6] Altro orientamento, invece, ammette l'applicazione dell'[art. 2051 c.c.](#) ma limitatamente alle ipotesi in cui la *res* possa essere oggettivamente governata, presumendosi (*iuris tantum*) la controllabilità delle strade comunali incluse nel perimetro del centro abitato^[7]. Infine, una terza – e ad oggi prevalente – impostazione opera un distinguo tra il pericolo «*immanentemente comune alla struttura o alla pertinenza*» del bene ed il pericolo «*provocato dagli stessi utenti [della strada] ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa*»: nel primo caso si reputa applicabile il disposto dell'[art. 2051 c.c.](#) mentre nel secondo si afferma l'operatività del solo rimedio di cui all'[art. 2043 c.c.](#), con il relativo (e maggiormente gravoso per l'attore) onere della prova^[8]. Con precipuo riferimento al caso di specie è opportuno rimarcare che secondo la giurisprudenza non esiste alcun automatismo tra la presenza di una buca sulla sede stradale e la responsabilità dell'Ente proprietario della medesima. Certamente grava sulla P.A. l'obbligo incontrovertibile di conservare il bene demaniale, ma è altresì vero che eventuali buche presenti sul manto stradale possono costituire vere e proprie insidie per l'utenza solo qualora non risultino visibili, prevedibili ed evitabili: pertanto, buche nascoste da foglie e coperte d'acqua integrano il concetto astratto di «insidia»^[9], ma

[5] Cfr. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2017, Roma, pagg. 557 e ss.

[6] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, [26 settembre 2006, n. 20827](#); Cass. Civ., Sez. III, [23 luglio 2003, n. 11446](#); Cass. Civ., Sez. III, [4 dicembre 1998, n. 12314](#).

[7] Si v., in tal senso, Cass. Civ., Sez. III, [21 luglio 2006, n. 16770](#); Cass. Civ., Sez. III, [12 luglio 2006, n. 15779](#); Cass. Civ., Sez. III, [6 luglio 2006, n. 15383](#).

[8] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, [19 maggio 2011, n. 11016](#), in *Diritto&Giustizia*, 2 giugno 2011, con nota di Villa, *Volpe in carreggiata: l'autostrada deve rifondere i danni se non prova il caso fortuito*; Cass. Civ., Sez. III, [23 marzo 2011, n. 6677](#); Cass. Civ., Sez. III, [24 febbraio 2011, n. 4495](#).

[9] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 18 febbraio 2014, n. 3793; Cass. Civ., Sez. III, 21 marzo 2013, n. 7112.

solo nel caso in cui non intervenga, ad interrompere il nesso causale, la circostanza per cui il danneggiato sia edotto dello stato (di dissesto) dei luoghi (sul comportamento imprudente del danneggiato si v. *infra*).

6. (Segue) Il «caso fortuito» può essere integrato anche dal comportamento negligente del danneggiato, ma senza alcun automatismo

Riprendendo quanto anticipato *supra*, è possibile ricordare che sotto il profilo più strettamente processuale, il meccanismo probatorio di cui all'[art. 2051 c.c.](#) si articola secondo un duplice ragionamento. In primo luogo, la prova del nesso eziologico e causale tra la *res* custodita ed il danno incombe sull'attore-danneggiato. Specularmente, la prova dell'interruzione del nesso causale ad opera del caso fortuito (che può essere integrato, come si è detto, dalla condotta del danneggiato) spetta al custode-convenuto.

In varie e recenti pronunce la Cassazione ha altresì ricordato che dalla lettera dell'[art. 2051 c.c.](#) è possibile ricavare due ulteriori corollari^[10]: è irrilevante il comportamento del custode, in quanto la norma in parola delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva ove il custode negligente e quello prudente si trovano a fronteggiare la medesima responsabilità qualora la cosa abbia provocato danni a terzi^[11] e inoltre la *res* non deve rappresentare una circostanza meramente «neutra» nell'economia causale della vicenda. In altri termini l'evento dannoso deve essersi verificato nell'ambito del dinamismo proprio della *res* o dell'evento dannoso sorto da essa: la *res*, benché inerte, deve avere un ruolo nel processo causale. Tale circostanza non si verifica nel caso in cui la *res* costituisca un elemento neutro (o passivo), ossia nel caso in cui – come quello nella specie occorso – essa sia mero teatro o occasione dell'incidente^[12].

L'eventuale condotta imprudente del danneggiato, dunque, è di per sé idonea ad integrare il caso fortuito ed è sufficiente ad interrompere il nesso eziologico tra la *res* (ossia la strada dissestata) e l'evento dannoso (la caduta). Certo non è sufficiente qualsiasi comportamento negligente o imprudente, ma è onere del custode dimostrare che debba essere escluso qualunque collegamento tra il modo di essere della *res* e l'evento dannoso in modo tale che la condotta del

danneggiato risulti unica ed esclusiva causa del danno^[13]. Peraltro, anche nel caso in cui l'*agere* del danneggiato non assuma caratteri tali da integrare il caso fortuito, è possibile che la sua condotta si ponga a fondamento di un'ipotesi di concorso causale colposo: difatti, il disposto del [primo comma dell'art. 1227 c.c.](#), a norma del quale «*se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate*», sebbene precipuamente dettato con riguardo al sistema della responsabilità contrattuale, risulta applicabile al caso di responsabilità aquiliana, stante il richiamo operato dall'[art. 2056 c.c.](#) Merita al riguardo di essere richiamato il passaggio della pronuncia in nota ove la Cassazione afferma che «*quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione da parte dello stesso danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del medesimo nel dinamismo causale del danno*» (pag. 5 della sentenza). Ciò che si vuole rimarcare è che la condotta negligente del danneggiato non appare foriera di alcun automatismo. Sarà il giudice del merito a dover ricostruire l'esatta dinamica della vicenda e ad apprezzare «in concreto» l'apporto della condotta negligente dell'economia della fattispecie che risulta pertanto suscettibile di un certo margine di gradazione in quanto, se da un lato può essere dotato di una forza tale da escludere *in toto* la responsabilità, dall'altro lato può integrare la minor conseguenza di un concorso colposo del danneggiato. Sul piano più squisitamente processuale, peraltro, è stato osservato dalla giurisprudenza di legittimità che l'eventuale concorso colposo del danneggiato può essere valutato anche in via officiosa, al pari del caso fortuito^[14]: il fatto del danneggiato, difatti, «*non rappresenta un'eccezione in senso proprio, ma integra una semplice difesa, che deve essere esaminata anche d'ufficio dal giudice, attraverso le opportune indagini*» in merito alla eventuale sussistenza di una incidenza causale derivante dal «*comportamento colposo del danneggiato, indipendentemente dalle argomentazioni e richieste della parte, purché risultino prospettati gli elementi di fatto su cui si fonda l'allegazione del fortuito*»^[15].

[10] Cfr. in particolare Cass. Civ., Sez. III, 13 febbraio 2019, n. 4161; Cass. Civ., Sez. III, [13 febbraio 2019, n. 4160](#).

[11] Si v. al riguardo anche Cass. Civ., Sez. III, [6 luglio 2006, n. 15383](#).

[12] Sul punto cfr. Cass. Civ., Sez. III, 29 maggio 2018, n. 13392.

[13] Cass. Civ. 2479/2018 cit..

[14] Così Cass. Civ., Sez. VI, [20 settembre 2014, n. 20619](#).

[15] Cass. Civ., Sez. III, [22 marzo 2011, n. 6529](#); Cass. Civ., [6529/2011](#); cfr. anche Cass. Civ., Sez. III, [10 novembre 2009, n. 23734](#).

CONCORDATO PREVENTIVO

Considerazioni sparse in tema di concordato preventivo nel codice della crisi

di Alessandro Petronzi

DEL 9 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Il “nuovo” concordato preventivo: il principio del miglior soddisfacimento dei creditori ed il ruolo del Tribunale
3. Il concordato liquidatorio
4. Il concordato in continuità
5. Il concordato in continuità: la moratoria dei creditori privilegiati – Cenni
6. Alcuni aspetti problematici

1. Introduzione

Dopo una lunga crisi economica che ha fortemente inciso sull'economia del Paese ed indebolito un gran numero di imprese, senza che nessuna delle leggi di riforma nelle more varate, seppur con altisonanti nomi (decreto competitività, decreto sviluppo, decreto crescita) abbia contribuito realmente a frenare od ostacolare la decrescita, è arrivato, dopo una lunga incubazione, il [Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza](#)^[1]. Che, almeno in linea teorica, e per la prima volta, pone una vera e propria scommessa, introducendo il peculiare istituto, mutuato dall'esperienza di paesi stranieri, del monitoraggio della crisi al fine di anticiparne l'emersione e, se possibile, la risoluzione^[2].

Sicuramente si tratta di una riforma ben più ampia e ben più organica di quelle realizzate nel passato, varate nell'ottica emergenziale di tamponare gli effetti della crisi. Riforma che si propone l'ambizioso fine di determinare una vera e propria rivoluzione culturale, improntando la gestione della crisi d'impresa nell'ottica del risanamento anziché della eliminazione della impresa dal mercato.

Il fallimento (termine che, si badi bene, potremmo ancora usare “impunemente” almeno sino alla entrata in vigore effettiva della riforma, fissata al 15 agosto 2020, allorché do-

vremo tutti abituarci all'uso della più *politically correct* e neutra espressione liquidazione giudiziale) non è più considerato, secondo una concezione che si trascina dal medioevo, come un frodatore, come un illecito da sanzionare. Ma piuttosto va considerato, più laicamente, come un evento del tutto naturale e possibile nel quadro del rischio d'impresa, e dunque, per quanto fenomeno patologico e non auspicabile, come evento addirittura statisticamente prevedibile ed inevitabile.

2. Il “nuovo” concordato preventivo: il principio del miglior soddisfacimento dei creditori ed il ruolo del Tribunale

La disciplina del concordato preventivo è contenuta nel capo III del Titolo IV del Codice ([art. 84](#) e ss.)

Va registrato con apprezzamento il tentativo del legislatore di elaborare una disciplina ordinata ed organica dell'istituto, improntata, come ricorda l'*incipit* dell'[art. 84](#) al parametro del miglior soddisfacimento dei creditori. Categoria già elevata dalla giurisprudenza^[3] a clausola generale di sistema, che il codice fa propria incorporandola in numerose disposizioni normative.

Così l'[art. 87 comma 1 lett. f\)](#) richiede ad esempio che in caso di concordato preventivo in continuità, devono essere in-

[1] di cui al [D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14](#) di attuazione della [L. 19 ottobre 2017, n. 155](#), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14.02.2019 n. 38 – Suppl. Ordinario n. 6, che per la maggior parte delle norme entrerà in vigore il 15 agosto 2020

[2] cfr. disciplina contenuta nel titolo II Parte Prima del [Codice della crisi e dell'insolvenza](#) rubricato «Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi».

[3] Cass. [n. 3324/2016](#)

dicare nella proposta le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, sicché il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori diviene requisito di ammissibilità della proposta.

L'[art. 84, IV co.](#), impone, sempre ai fini della ammissibilità della proposta, che in caso di concordato preventivo liquidatorio l'apporto di risorse esterne debba incrementare di almeno il 10%, rispetto alla liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, così introducendo un parametro matematico di individuazione del miglior soddisfacimento.

Ancora, l'[art. 94, III co.](#), prevede che il G.D. autorizzi il compimento degli atti di straordinaria amministrazione prima della omologa solo se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Al comma VI aggiunge che le procedure competitive per l'alienazione o l'affitto dell'azienda possano evitarsi^[4] quando possa essere compromesso l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento.

Infine l'[art. 100](#) subordina al miglior soddisfacimento dei creditori il pagamento di crediti pregressi.

Risulta particolarmente accresciuto anche il ruolo del Tribunale nella verifica della finalizzazione della procedura concorsuale. Infatti, la più radicale innovazione rispetto alla attuale disciplina è il ritorno al vaglio di fattibilità economica da parte del Tribunale (riconosciuto dall'[art. 47](#)), così superando l'orientamento sposato dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezione Unite nel 2013^[5] che aveva limitato il vaglio del tribunale alla sola c.d. fattibilità giuridica, vale a dire alla astratta possibilità del piano concordatario di avere l'attitudine al superamento della crisi, riservando ai creditori, nell'ambito della adunanza, le valutazioni di convenienza economica.

3. Il concordato liquidatorio

Rimane la dicotomia concordato liquidatorio/concordato in continuità. Con netto privilegio per il secondo. Ed una sostanziale sparizione, per assorbimento, del concordato misto. Il concordato preventivo liquidatorio è sottoposto ad un duplice requisito, che, è prevedibile, ne scoraggerà l'utilizzo. Infatti, l'[art. 84, IV co.](#) prevede la soglia minima di soddisfacimento del ceto chirografario del 20%^[6], ma anche un *sur-*

plus (di almeno il 10%) rispetto alla liquidazione giudiziale, che deve avvenire con l'apporto di risorse esterne.

È senz'altro apprezzabile che il legislatore abbia preferito il ricorso ad un parametro certo ed economicamente valutabile al fine di evitare possibili incertezze interpretative.

Ed è significativo che il parametro faccia riferimento al grado di soddisfacimento dei creditori chirografari e non già all'attivo. Ciò determina che la valutazione vada fatta in relazione alle prospettive di soddisfacimento che si realizzino nel quadro della liquidazione giudiziale, ove l'attivo liquidabile non è costituito solo dal patrimonio dell'impresa, ma anche dalle eventuali azioni di responsabilità o revocatorie.

Tale impostazione è perfettamente in linea con l'esigenza di *discovery*, nel quadro del principio di leale collaborazione (declinato dagli artt. 3 e 4 del codice, che prevedono i doveri delle parti), che impone come requisito di ammissibilità del piano all'[art. 87](#) lett. d) di indicare le azioni risarcitorie e recuperatorie proponibili, anche nella liquidazione giudiziale.

Ma impone, altresì, come qualcuno ha già sottolineato^[7], una sorta di prestazione ai limiti della inesigibilità, ed in contrasto con il principio generale del "*nemo tenetur se detegere*".

Il *surplus* deve poi provenire da apporti esterni (somme di denaro o altra utilità). Ben potrà essere possibile nel caso di società di capitali un apporto dei soci (o di terzi). Più problematica è la posizione delle società di persone, ove il patrimonio personale delle persone fisiche illimitatamente responsabili non può essere finalizzato all'operazione di apporto esterno, essendo già individuabile come patrimonio della massa della procedura.

Alla luce di tali elementi è prevedibile che lo strumento del concordato preventivo liquidatorio sarà molto marginale. Già oggi, tale figura è pressoché sparita, dopo la introduzione^[8] della soglia minima di soddisfacimento del 20%. In futuro, la obbligatorietà dell'apporto esterno, in uno con la naturale ritrosia, tutta italiana, di giocare a carte scoperte, renderà non più facilmente percorribile tale strumento.

4. Il concordato in continuità

Più appetibile continuerà ad essere lo strumento del concordato preventivo in continuità, che pure è stato oggetto di al-

[4] così risolvendo uno dei nodi dell'attuale disciplina contenuta nell'[art. 163 bis L.F.](#), che parrebbe imporre la competitività a tutti i costi, ma ancora una volta re-
cependo un indirizzo giurisprudenziale (cfr. Trib. Bergamo decr. 23 Dicembre 2015).

[5] con la sentenza Sez. Un. [n. 1521/2013](#)

[6] come nell'attuale previsione normativa di cui all'[art. 160 u.c. l.f.](#), comma aggiunto dall'[art. 4 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83](#) in sede di conversione con la [L. 6 agosto 2015 n. 132](#), entrata in vigore il 21 agosto 2015

[7] "Concordato preventivo: finalità e presupposti" di Stefano Ambrosini, edito su Italia Oggi, Serie Speciale numero 2

[8] rif. nota 6

cune innovazioni, magari non epocali, ma comunque significative, dimostrando in taluni casi di recepire orientamenti giurisprudenziali già presenti, nell'ottica di evitare ulteriori divergenze interpretative.

In primo luogo, il Codice risolve un nodo gordiano, che aveva fatto registrare contrapposti indirizzi giurisprudenziali^[9] in merito alla natura giuridica del concordato preventivo in continuità indiretta, cioè attraverso il transito dell'azienda (o parte di essa) ad imprenditore diverso da quello originario, attraverso il previo esperimento di una fase di affitto di azienda.

Fattispecie che, secondo un orientamento, rientrava nel concordato liquidatorio.

Il Codice invece recepisce l'altro orientamento, già maggioritario in giurisprudenza^[10], riconoscendo che la continuità indiretta determina pur sempre una ipotesi di continuità, finalizzata a salvare l'impresa.

L'[art. 84, II co.](#) però, con disposizione innovativa, prevede una norma di salvaguardia per i lavoratori, in quanto il piano in continuità indiretta deve prevedere il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, e per almeno un anno dall'omologa.

Superfluo evidenziare che per la selezione del personale saranno necessari accordi in sede sindacale^[11], anche perché la norma nulla dice in ordine alla tipologia dei lavoratori da considerare ai fini del calcolo in considerazione della pluralità delle categorie contrattuali giuslavoristiche (lavoratori a tempo indeterminato, o a termine, part time, apprendisti, cassaintegrati, etc.)

Deve poi registrarsi la pressoché certa impossibilità di sanzionare il terzo acquirente o conferitario che non rispetti l'obbligo^[12]. Difficile ipotizzare il diniego dell'omologa del concordato preventivo (nel caso in cui l'inadempimento si registri nel corso della procedura) oppure la risoluzione (allorché l'inadempimento si concluda dopo) per l'evidente impossibilità di riferire l'inadempimento al proponente il concordato preventivo, in quanto tale condotta è riferibile ad un terzo. Una soluzione potrebbe essere quella di introdurre nel contratto di trasferimento al terzo una robusta clauso-

la penale azionabile in caso di mancato rispetto da parte del terzo dei livelli occupazionali.

L'impostazione adottata con questa norma suscita qualche perplessità perché contamina la fattispecie con aspetti occupazionali più affini alla disciplina dell'amministrazione straordinaria che non a quella del concordato preventivo.

Per non parlare dei dubbi di incostituzionalità della norma, non tanto per l'eccesso di delega realizzato (perché il criterio non era previsto nella legge di delega), quanto piuttosto per la disparità di trattamento tra la continuità diretta, cui la disposizione non si applica, e quella indiretta^[13].

Il secondo criterio imposto dalla riforma ai fini della qualificazione del concordato preventivo in continuità, soprattutto in quelle ipotesi ibride molto frequenti nella pratica dei concordati misti, è la c.d. prevalenza dei flussi generati dalla continuità, secondo cui i creditori devono essere soddisfatti con prevalenza dal ricavato prodotto dalla continuità, ivi compresa la liquidazione del magazzino.

È peraltro prevista una presunzione a carattere assoluto per cui la prevalenza è sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino, senza che abbia più rilievo il confronto con i ricavi derivanti dalla liquidazione di altri cespiti, da un'attività di impresa alla quale siano addetti almeno la metà dei dipendenti mediamente in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso.

Ancora una volta trattasi di norma a tutela dei lavoratori. Che tuttavia risulta distonica rispetto alla finalità classificatoria della norma.

La presunzione assoluta (come si desume dall'uso dell'avverbio "*sempre*", contenuto nell'*incipit* del secondo periodo del comma terzo dell'[art. 84](#)) di prevalenza della continuità fa sì che si consideri concordato preventivo in continuità anche quello in cui i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da una attività di impresa alla quale sono addetti un certo numero di lavoratori, anche se i creditori non vengono soddisfatti in via prevalente con tali ricavi.

A mio parere, se si considera la sostanziale impossibilità di sanzionare il terzo imprenditore affittuario/cessionario, ecco individuato l'*escamotage* per camuffare come in continuità un con-

^[9] Per una ricostruzione del dibattito, "Il concordato con continuità si configura anche quando l'affitto di azienda è anteriore al deposito della domanda" di Chiara Ravina, edito su www.ilfallimentarista.it

^[10] V. da ultimo l'arresto della Suprema Corte di Cassazione, Cass. n. 29742/2018.

^[11] "Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", vol III, Filippo Lamanna, Officina del Diritto, Il Civilista, ed. Giuffrè Francis Lefebvre

^[12] "Aspetti critici della disciplina del concordato in continuità nel Codice della crisi" di Diego Corrado, edito su www.ilfallimentarista.it

^[13] "Concordato preventivo: finalità e presupposti" di Stefano Ambrosini, edito su Italia Oggi, Serie Speciale numero 2

cordato preventivo puramente liquidatorio e con un orizzonte temporale di due anni, senza la necessità del rispetto della doppia clausola limitativa del concordato preventivo liquidatorio (20% ai chirografi; *surplus* 10% proveniente da finanza esterna). Come pure, al contrario, è prevedibile che un rilevante numero di concordati preventivi all'interno dei quali possa prefigurarsi una continuità aziendale sarà però declinato secondo i paradigmi della liquidazione per l'impossibilità di assicurare il livello occupazionale per il periodo successivo alla omologazione.

5. Il concordato in continuità: la moratoria dei creditori privilegiati – cenni

È ancora prevista la moratoria (biennale) nel pagamento dei creditori muniti di diritti di prelazione (art. 86 che riprende la disciplina dell'[art. 186 bis l.f.](#)).

Il codice conferma che la moratoria è limitata al solo concordato preventivo in continuità, anche se già la Cassazione (Cass. n. 10112/2014), con orientamento criticato^[14], aveva esteso l'istituto anche al concordato preventivo liquidatorio, riconoscendo ai creditori "ritardati" il diritto di voto.

Uno dei problemi maggiori, che la cassazione non aveva risolto, era quello di come determinare il diritto di voto riconosciuto al creditore privilegiato pagato in ritardo.

Il Codice risolve la problematica stabilendo una regola di quantificazione forfetaria (vale a dire la differenza tra il credito capitale maggiorato degli interessi di legge calcolati fino alla data del previsto pagamento ed il valore attualizzato dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda, sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'[art. 5 D.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231](#) (ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali)). Va segnalata una curiosità un po' paradossale. Vale a dire l'utilizzo, come criterio di calcolo, di quegli interessi commerciali che, a mente dell'[art. 1 co. II del medesimo D.Lgs. 231/2002](#) non dovrebbero trovare applicazione proprio ai debiti oggetto di procedure concorsuali!!!

Quanto poi alla misura degli interessi, occorre richiamarsi all'[art. 2 lett. e\) ed f\) del cit. D.Lgs.](#) che prevede quali interessi legali di mora gli interessi semplici maggiorati di un tasso di riferimento di 8 punti percentuali. Il tasso di riferimento è il tasso BCE. Poiché oggi il tasso BCE è pari allo 0,5%, con la maggiorazione dell'8%, si arriva al 4,25%.

L'impatto economico potrebbe essere dunque piuttosto rilevante per la tenuta del concordato.

6. Alcuni aspetti problematici

Uno degli aspetti più problematici è quello della durata delle c.d. misure protettive ([art. 8 Codice](#)), stabilita al massimo di un anno.

Ciò comporta necessariamente che i concordati dovranno restare entro l'anno, visto che non si tratterà più di scavalcare un termine ordinatorio (quale è quello previsto dall'attuale [art. 181, II co. 1.f.](#), di natura ordinatoria), senza avere conseguenze sanzionatorie, ma di evitare che decadano misure protettive senza le quali si riaprirebbe la possibilità di aggressione esecutiva da parte dei creditori.

Il problema è particolarmente pregnante se si considera che le misure protettive possono essere concesse anche nel corso del procedimento di composizione assistita della crisi.

Né può sostenersi che le misure protettive concesse nel corso della procedura assistita della crisi innanzi all'OCRI non eroda il termine di durata massima annuale previsto dall'[art. 8](#). Tale lettura non è sostenibile sia perché l'[art. 8](#) è una previsione di portata generale, sia perché gli artt. [20](#), [54](#) e [55](#) espressamente prevedono che tali misure possano essere concesse anche nel corso della fase preparatoria alla soluzione giudiziale della crisi (procedimento di composizione assistita della crisi) che si svolge innanzi all'OCRI.

Altra disposizione aspramente criticata^[15] è l'[art. 54 I co.](#) che prevede i provvedimenti cautelari adottabili, su istanza di uno dei creditori, dal Tribunale nel corso del procedimento unitario di accesso alle procedure di risoluzione della crisi.

La norma, che si giustifica nel quadro della trattazione unitaria della procedura di accesso alle procedure concorsuali, rischia di avere un effetto dissuasivo dal ricorso allo strumento concordatario, in quanto sottopone l'imprenditore al rischio di vedere sequestrato e bloccato il proprio patrimonio prima di ogni decisione in ordine alla domanda formulata di accesso ad una delle procedure di risoluzione della crisi.

In effetti la previsione appare un po' distonica nel quadro di procedure, come quelle di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti, avviate su base volontaria dall'imprenditore, essendo invece più attagliata alla procedura di liquidazione giudiziale (come è nell'attuale disciplina dell'[art. 15 l.f.](#)), contrassegnata dalla finalità di individuare e neutralizzare, attraverso l'apertura della procedura di liquidazione concorsuale, gli effetti negativi, per l'economia, dell'insolvenza.

[14] "Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", vol III, Filippo Lamanna, Officina del Diritto, Il Civilista, ed. Giuffrè Francis Lefebvre

[15] "Concordato preventivo: finalità e presupposti" di Stefano Ambrosini, edito su Italia Oggi, Serie Speciale numero 2

MODIFICAZIONE DELLA DOMANDA

La modificazione della domanda. Le linee interpretative recenti della Corte di Cassazione

di Cinzia Gamba

DEL 10 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Note introduttive
2. La sentenza della Cassazione 15 giugno 2015, n. 12310 resa a sezioni unite e le conferme giurisprudenziali recenti
3. L'indirizzo interpretativo tradizionale in materia di emendatio consentita della domanda giudiziale. Gli indirizzi giurisprudenziali più recenti

1. Note introduttive

Nel presente contributo si intende dare sinteticamente conto delle linee interpretative recenti che presiedono alla individuazione della modificazione della domanda giudiziale consentita in sede di trattazione, nel corso dell'udienza ex [art. 183 c.p.c.](#) ovvero nell'ambito dell'appendice di trattazione scritta che si svolge attraverso il meccanismo delle disciplinate dal [c. 6](#) dello stesso articolo. Al riguardo è possibile individuare due linee di sviluppo recenti, che si snodano l'una di fianco all'altra. La prima è quella che è stata avviata dall'apertura ermeneutica introdotta dalla Corte di cassazione con la pronuncia resa a sezioni unite del 2015, in materia di modificazione del *petitum* con riguardo alle azioni proposte ai sensi dell'[art. 2932 c.c.](#) (richiamata *supra*). Si tratta, come è noto, di una linea di interpretazione che ha avviato un percorso non scevro di innovazione in relazione ai confini dell'*emendatio* consentita. La seconda linea interpretativa, tuttora presente nel panorama giurisprudenziale, è quella che continua a riproporre l'elaborazione precedente al 2015 in modo tendenzialmente rigoroso, attenendosi ad una ricostruzione della individuazione della domanda ancorata in modo più rigido ai parametri di individuazione della domanda stessa, il *petitum* e la *causa petendi*. Nel proseguo si darà brevemente conto di entrambe le linee interpretative, avendo riguardo alla giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione.

2. La sentenza della Cassazione 15 giugno 2015, n. 12310 resa a sezioni unite e le conferme giurisprudenziali recenti

Con due particolari decisioni (Cass. Civ., Sezioni Unite, [15 giugno 2015, n. 12310](#) e Cass. Civ., [28 novembre 2017, n.](#)

[28385](#)) la Suprema Corte è intervenuta con riguardo alla configurazione della modificazione della domanda consentita, in relazione ad una azione proposta ex [art. 2932 c.c.](#) finalizzata a dare esecuzione in forma specifica all'obbligo di concludere il contratto.

Con sentenza [n. 12310 del 15 giugno 2015](#) la Corte di Cassazione, a sezioni unite, ha rimodulato i parametri che, secondo la giurisprudenza consolidata, per un lungo periodo hanno costituito la nozione di *emendatio* della domanda ammissibile. Come è noto, il nucleo più importante della decisione resa a sezioni unite verte sulla riformulazione della modificazione della domanda ammissibile, riformulazione che ha superato la stretta dicotomia formalistica *mutatio/emendatio* utilizzata dalla giurisprudenza. In questo senso, le Supreme Corte ha statuito che la modificazione della domanda ammessa a norma dell'[art. 183 c.p.c.](#) può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della domanda medesima sul piano oggettivo (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che per ciò solo si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali. Di talché, è stata ritenuta ammissibile la modifica, nella memoria prevista dall'[art. 183 c.p.c.](#), della iniziale domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo.

Le statuizioni rese a sezioni unite hanno inaugurato un importante indirizzo giurisprudenziale informato a maggiore elasticità rispetto ai precedenti e strutturato su due piani principali. Sotto un primo profilo, consentire all'attore di

compiere attività di «aggiustamento» e di «correzione del tiro», nell'ambito di un complesso di domande emendate e variate, trova la sua collocazione razionale nelle prime battute del processo, nell'ambito dell'udienza di trattazione di cui all'[art. 183 c.p.c.](#) Secondo la Suprema Corte, lo scopo di siffatti «aggiustamenti» è da rinvenire nel «massimizzare (...) la portata dell'intervento giurisdizionale richiesto, in modo da risolvere in maniera tendenzialmente definitiva (...)» tutti i problemi generati dalla controversia insorta, con l'effetto di prevenire rischi di «duplicazioni» della stessa lite, dispendiose, inutili e anti-economiche, dinanzi ad altri giudici. Inoltre, in quest'ottica, la «modificazione» (consentita) della domanda, secondo la nuova linea giurisprudenziale, pur facendo emergere una domanda formalmente diversa e «nuova» rispetto a quella iniziale, mantiene in realtà un legame con la domanda che ha avviato il giudizio, in quanto va a sostituirsi ad essa (per tutti, Comoglio, Modificazione della domanda, tutela effettiva ed economia dei giudizi (nuovi poteri per il giudice?), in *N.G.C.C.*, II, 2016, p. 653 ss.) La sostituzione tra la domanda iniziale e quella modificata avviene in un rapporto di alternatività, come ha messo in luce autorevole dottrina: «ciò significa che l'attore, nell'esercitare il suo legittimo *jus poenitendi*, «implicitamente rinuncia» alla domanda anteriore (almeno, per come essa sia stata inizialmente formulata e proposta), così dimostrando di reputare quella successiva («modificata») «(...) più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio (...)» (così Comoglio, *op. loc. cit.*, riprendendo la motivazione della sentenza).

Recentemente, la Corte di Cassazione a più riprese ha confermato il nuovo orientamento delle sezioni unite applicando il principio di diritto a una differente fattispecie. Le pronunce hanno riconfermato la linea di interpretazione connotata da un elemento di elasticità del tutto auspicabile e in linea con l'effettività della tutela giurisdizionale nonché con i parametri di economia del processo.

Cass. [14 febbraio 2019, n. 4322](#), per esempio, ha ritenuto ammissibile la modificazione dell'originaria domanda di pagamento di canoni di locazione in quella di indennità di occupazione «sine titolo», proposta in via subordinata a seguito dell'eccezione di nullità del contratto ad opera del convenuto, sul presupposto che la modificazione della domanda, consentita dall'[art. 183, comma 6, c.p.c.](#), può riguardare uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa («petitum» e «causa petendi»), sempre che la domanda così modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, per ciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali.

I medesimi principi giurisprudenziali sono stati estesi anche alla modificazione della domanda proposta in prima battuta in via monitoria, con modifica successiva in sede di opposizione: secondo Cass. [1 marzo 2016, n. 4051](#), in *Giur. It.*, 2016, 10, 2150 nota di Cariglia, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo il creditore ha la facoltà di modificare la domanda proposta in via monitoria, essendogli consentita l'*emendatio libelli* ma assolutamente non gli è consentita la c.d. *mutatio libelli*. Tuttavia, il campo di aggiustamento del tiro è stato rimodulato anche in relazione a questa ipotesi procesuale. Infatti, seguendo la pronuncia a sezioni unite, la modificazione della domanda, consentita ai sensi dell'[art. 183 c.p.c.](#) può riguardare uno o entrambi gli elementi della domanda, il *petitum* e la *causa petendi*, sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio. Tale possibilità è finalizzata a consentire che si concentrino, in un unico processo e dinanzi allo stesso giudice, le controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale, piuttosto che determinare la potenziale proliferazione dei processi. Sempre in applicazione del medesimo principio, Cass. [22 dicembre 2016, n. 26782](#), la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato inammissibile il mutamento quantitativo della domanda riconvenzionale proposta dall'opponente a decreto ingiuntivo e riconnessa all'intervenuta rescissione del contratto rispetto alla precedente domanda di risoluzione, dato che la richiesta del riconoscimento di un maggiore importo ha trovato fondamento nella medesima situazione sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo.

Nel contempo, in relazione ad altre fattispecie, Cass. [28 novembre 2017, n. 28385](#), è stata ammessa la modifica, nella memoria *ex art. 183 c.p.c.*, dell'originaria domanda formulata *ex art. 2932 c.c.* di dare esecuzione in forma specifica all'obbligo di sottoscrivere l'atto pubblico necessario alla trascrizione della rinuncia all'usufrutto su un immobile con quella di accertamento dell'autenticità di tale rinuncia. Inoltre, Cass. [26 gennaio 2016, n. 1368](#), ha statuito l'ammissibilità della deduzione, nella memoria predetta, di un profilo di nullità contrattuale (nella specie, per l'omessa indicazione della facoltà di recesso del risparmiatore ai sensi dell'[art. 30, c. 7, d.legisl. n. 58 del 1998](#)) diverso da quello invocato in citazione, tanto più che il giudice, innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale, deve rilevare d'ufficio l'esistenza di altra causa di quest'ultima, anche se di protezione.

Al contempo, alcune pronunce hanno individuato limiti all'ampliamento giurisprudenziale introdotto dalle Sezioni unite. Secondo Cass. [10 maggio 2018, n. 11282](#), ad esempio, in tema di modificazione della domanda *ex art. 183 c.p.c.*, è

possibile mutare anche gli elementi costitutivi della stessa, ove ricorrano le condizioni indicate dalla sentenza [n. 12310 del 2015](#) delle sezioni unite della Corte di Cassazione e non siano avanzate, quindi, delle pretese aggiuntive. Pertanto, deve escludersi che l'attore, proposte delle domande di accertamento della proprietà di un fondo, di incorporazione delle costruzioni [ex art. 934 c.c.](#) e di pagamento di somme in data successiva al passaggio in giudicato di una sentenza che aveva accertato l'esistenza su tale fondo di un'enfiteusi in favore di terzi, possa chiedere, nella prima udienza di trattazione, la devoluzione del fondo enfiteutico.

L'indirizzo inaugurato dalle Sezioni unite si conferma dunque nelle sue linee principali ed è stato modulato in relazione a differenti fasce differenti, rispetto a quella originaria. L'acquisizione interpretativa peranto può ritenersi attualmente consolidata da un nutrito numero di decisioni che hanno ripreso, confermandolo, l'orientamento più elastico e innovativo.

3. L'indirizzo interpretativo tradizionale in materia di emendatio consentita della domanda giudiziale. Gli indirizzi giurisprudenziali più recenti

Accanto alla giurisprudenza che si pone nel solco della decisione resa a sezioni unite del 2015, attualmente nell'elaborazione giurisprudenziale permangono, in discreto numero, sentenze che ribadiscono i principi interpretativi tradizionali, incentrati su una concezione di *emendatio* ricostruita in termini tradizionalmente restrittivi. Secondo queste linee interpretative, mentre la precisazione della domanda è data da una attività di esplicitazione ovvero di chiarimento degli elementi già ricompresi nelle precedenti difese, anche per mezzo dell'allegazione di fatti secondari, senza che ciò comporti cambiamenti del *petitum* mediato o immediato della domanda né delle eccezioni in senso stretto (per tutti, così Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011, 501), la modificazione della domanda ammissibile si basa su criteri differenti. Il principale è costituito – in linea generale – dall'alterazione del complesso dei fatti allegati posti alla base della domanda. In altri termini, la *emendatio* consiste in una modificazione limitata degli elementi di individuazione della domanda, che può implicare anche l'allegazione in giudizio di fatti storici nuovi, purché ciò non comporti un mutamento del nucleo di fatti costitutivi posti a fondamento della domanda. A questa stregua, i fatti storici nuovi che possono essere allegati in sede di modificazione della

domanda e delle eccezioni sono fatti secondari (Proto Pisani, *Diritto processuale civile*, 112).

Quanto alla distinzione tra *mutatio* (non consentita) ed *emendatio libelli*, l'elaborazione giurisprudenziale tradizionale propende nel proporre l'idea per cui si ha nuova domanda (*mutatio libelli*) quando viene cambiato il *petitum* o la *causa petendi*, mentre rappresenta una mera *emendatio libelli* la diversa quantificazione o specificazione della pretesa, fermi i fatti costitutivi, così come la diversa interpretazione o qualificazione giuridica del medesimo fatto costitutivo del diritto (T. Taranto, 11 agosto 2017; si vedano inoltre: Cass. civ. [25 maggio 2018, n. 13091](#); Cass. [25 settembre 2018, n. 22540](#); Cass. [13 ottobre 2017, n. 24072](#); Cass. civ. [16 maggio 2017, n. 12168](#), tutte).

La giurisprudenza più recente ha riconfermato gli orientamenti tradizionali brevemente richiamati. Va tuttavia precisato che il criterio generale classico è tutt'altro che preciso e solleva dubbi rilevanti, conducendo talvolta a soluzioni non univoche. La non univocità del criterio giurisprudenziale, del resto, è determinata da una ambivalenza che connota la tesi interpretativa: accade infatti che talvolta si ritenga rilevante la fattispecie legale invocata, ossia i fatti riletti sub specie della fattispecie giuridica concreta, mentre in altre ipotesi la giurisprudenza si richiama alla situazione sostanziale allegata, ovvero ai fatti “storici posti a fondamento della domanda. A questa duplice dimensione che favorisce una ambigua alterazione degli orientamenti interpretativi della Suprema Corte, si aggiungono le diverse letture che vengono prospettate a seconda che si tratti dei diritti c.d. autoindividuati o eteroindividuati (su questi aspetti, se si vuole, si veda Gamba, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, *passim*); Comoglio, Ferri, Taruffo, op. cit., p. 598). Il quadro complessivo è tale per cui, come ha avuto modo di sottolineare la dottrina, si perviene alla formulazione del criterio distintivo tra *mutatio* ed *emendatio* in termini non del tutto chiari ed esaustivi: a questa stregua si ha mera *emendatio* quando, pur essendo allegati nuovi fatti principali, non ci sono mutamenti nel nucleo dei fatti posti a fondamento della domanda inizialmente proposta. Si tratta, tuttavia, di un discrimen inidoneo a fugare completamente dubbi e incertezze relative alla configurazione della *emendatio* ammissibile, nonchè alla correlativa distinzione rispetto alla *mutatio libelli* (Consolo, *Mutatio libelli*, in *Riv. Dir. Proc.* 1990, p. 640 ss.).

DEONTOLOGIA E PROCESSO

In difesa del dott. Azzecca-garbugli

di Massimiliano Bina

DEL 14 OTTOBRE 2019

In difesa del dott. Azzecca-garbugli [1]

1. Il dottor Azzecca-garbugli viene accusato di patrocinio infedele[2] ed intralcio alla giustizia[3], ma molto forte è la sensazione che in questo processo, non potendo condannare un intero sistema, si voglia ottenere la condanna di uno dei suoi protagonisti, dimenticando che una cosa è la responsabilità penale del singolo, altro sono le credenze e le convinzioni personali e collettive del tempo.

Quello che Manzoni pensava del sistema giustizia del '600 lo conosciamo da quanto ha scritto nella Storia della colonna infame[4]. Il dott. Azzecca-garbugli è un *ersatz* letterario del suo pensiero: la giustizia è asservita ai potenti (e il dott. Azzecca-garbugli sarebbe asservito a don Rodrigo); il processo è un modo per ottenere vendetta e non giustizia; l'avvocato è un ostacolo alla giustizia («*A saper maneggiare bene le grida, nessuno è innocente e nessuno è colpevole!*»; «*Chi dice le bugie al dottore, vedete figliuolo, è uno sciocco che*

dirà la verità al giudice. All'avvocato bisogna raccontar le cose chiare: a noi tocca poi a imbrogliarle»)[5], non a servizio della giustizia.

In altre parole, nel tratteggiare il personaggio del dott. Azzecca-garbugli, Manzoni vuole criticare un mondo, e il suo sistema giudiziario, e per farlo sceglie un bersaglio nemmeno tra i più originali, considerando che l'avvocato è spesso e volentieri additato come la causa dei mali della giustizia[6]. Per sapere, invece, se il dott. Azzecca-garbugli si sia reso colpevole dei reati che gli sono contestati occorre astrarre dal sistema giustizia del tempo e comparare la sua condotta – quale avvocato e quale procuratore – con il modello ideale di avvocato, alla cui individuazione contribuiscono i principi etici che l'avvocato deve rispettare nell'esercizio della sua professione forense, oggi contenuti nei codici deontologici forensi[7].

2. Già nel Medioevo, l'avvocato non doveva difendere cause

[1] Lo scritto è il canovaccio di un'arringa pronunciata a difesa del Dott. Azzecca-garbugli nell'ambito di un evento organizzato in Varese, 1 marzo 2018 dall'Associazione culturale Volarte Italia, destinato agli studenti del Liceo classico della città.

[2] Il capo di imputazione, con riferimento all'incontro avvenuto nello studio del Dott. Azzecca-garbugli descritto nel capitolo III dei Promessi Sposi: «*perché, nella sua qualità di Avvocato del Foro di Lecco, si rendeva infedele ai suoi doveri professionali e arrecava nocimento a Tramaglino Renzo, nella fattispecie omettendo di patrocinarlo allorquando, sentito nominare il potente Don Rodrigo, sapendo che non avrebbe potuto contrastare la sua autorità, respingeva il predetto Tramaglino, così venendo meno al mandato difensivo ricevuto. In Lecco, l'8 novembre 1628*».

[3] Il capo di imputazione: «*reato previsto dagli artt. 81 cpv, 322, 377, 612 c.p. perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, per difendere taluni «bravi» e addivenire a loro assoluzione/proscioglimento, offriva o prometteva denaro od altra utilità non dovuti a potenti signori, minacciava le vittime dei reati di ingiusti danni e intralciava la giustizia, offrendo o promettendo denaro o altra utilità a persone chiamate a rendere dichiarazioni testimoniali davanti all'Autorità Giudiziaria. In Lecco, dall'anno 1626 all'8 novembre 1628*».

[4] La vicenda è stata raccontata anche da P. Verri, *Osservazioni sulla tortura* (1804), Milano 1988.

[5] Sulle narrazioni degli avvocati come ostacolo alla ricerca della verità, cfr. M. Taruffo, *La semplice verità*, Bari 2009, 43 ss. *Contra*, B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 1 ss.

[6] Si veda, ad esempio, la legislazione prussiana del XVIII secolo in materia di avvocatura, che imponeva agli avvocati di vestirsi in pubblico con un mantello nero così che il popolo potesse «*riconoscere da lontano questi imbrogliatori e difendersi*». La storia è stata raccontata nei dettagli da A. Weissler, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, rist. Frankfurt a.M. 1967, p. 296 ss. V., altresì, F. Bommsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin 1971, p. 67; B. Cavallone, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile: premessa storico-critica*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, p. 55 ss.

[7] Cfr. il Codice Deontologico Forense, in <https://www.consiglionazionaleforense.it/codice-deontologico-forense>, le *Model Rules of Professional Conduct* dell'American Bar Association (d'ora in poi «ABA MRPC» in https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professio-

ingiuste ed era tenuto a formalmente impegnarsi in tal senso, prestando giuramento[8]; nell'Età moderna l'avvocato è chiamato a collaborare con l'amministrazione della giustizia e il divieto di difendere cause ingiuste è stato esteso sino a ricomprendere il divieto di difendere in modo ingiusto, attraverso l'individuazione di condotte proibite e sanzionate non solo *in foro poli*, ma anche *in foro fori*[9]. In particolare, per quello che ci interessa, l'avvocato, già a quei tempi, aveva l'obbligo di mantenere il segreto professionale ed era tenuto a non rivelare i fatti appresi dai propri clienti[10]. L'avvocato, tuttavia, poteva rendere pareri di diritto o prestare consigli astratti, come chiesto da Renzo al dott. Azzecca-garbugli, senza incorre in alcuna sanzione per patrocinio infedele. All'avvocato era proibito difendere contemporaneamente più parti contrarie, salvo che la questione non fosse dubbia; in ogni caso, si consigliava all'avvocato di astenersi o, al più, di limitarsi ad esporre i fatti senza perorare l'una tesi piuttosto che l'altra[11]. L'avvocato doveva evitare conflitti di interesse, dovendo dare precedenza al cliente che prima aveva affidato l'incarico della tutela dei propri interessi[12]. Al tempo, infatti, era prassi diffusa che l'avvocato ricevesse un compenso annuale dal cliente per occuparsi di tutte le questioni che potevano interessare quest'ultimo e la soluzione al conflitto veniva ricavata dalla regole dell'*auxilium* feudale, che legavano il vassallo al signore[13].

Alla luce di tanto, possiamo escludere che l'imputato si sia reso colpevole di patrocinio infedele. Innanzitutto, il dott. Azzecca-garbugli rende a Renzo un parere astratto, insistendo affinché il cliente gli racconti i fatti, così da potergli riferire un parere di diritto (in ossequio al brocardo: *da mihi factum, dabo tibi ius*):

«- Ditemi il fatto come sta, – interruppe il dottore.

- Lei m'ha da scusare: noi altri poveri non sappiamo parlar bene. Vorrei dunque sapere...

- Benedetta gente! siete tutti così: in vece di raccontar il fatto, volete interrogare, perché avete già i vostri disegni in testa”.

Il cliente, tuttavia, si astiene dal raccontare i fatti, sottopo-

nendo all'avvocato una questione ipotetica,

«- Mi scusi, signor dottore. Vorrei sapere se, a minacciare un curato, perché non faccia un matrimonio, c'è penale”.

Al quesito posto da Renzo, consegue l'analisi delle grida compiuta dall'avvocato, che dimostra di avere adeguata competenza[14] e di essere aggiornato[15], alla ricerca dell'astratta regola di condotta da applicare al caso concreto: “Caso serio, figliuolo; caso contemplato. Avete fatto bene a venir da me. È un caso chiaro, contemplato in cento gride, e... appunto, in una dell'anno scorso, dell'attuale signor governatore. Ora vi fo vedere, e toccar con mano”.

La condotta dell'avvocato appare, sin qui, del tutto legittima e conforme a quella dovuta. Parimenti ineccepibile è, per la verità, la condotta tenuta in seguito, quando Renzo espone i fatti,

“Ma mi scusi; lei non m'ha dato tempo: ora le racconterò la cosa, com'è. Sappia dunque ch'io dovevo sposare oggi,” e qui la voce di Renzo si commosse, “dovevo sposare oggi una giovine, alla quale discorrevo, fin da quest'estate; e oggi, come le dico, era il giorno stabilito col signor curato, e s'era disposto ogni cosa. Ecco che il signor curato comincia a cavar fuori certe scuse... basta, per non tediare, io l'ho fatto parlar chiaro, com'era giusto; e lui m'ha confessato che gli era stato proibito, pena la vita, di far questo matrimonio. Quel prepotente di don Rodrigo.

il dott. Azzecca-garbugli si rende conto di essere in conflitto di interessi e, di conseguenza, rinuncia all'incarico, preoccupandosi di restituire il compenso anticipato dal cliente:

“...e, quando ve l'ebbe cacciato, aprì, chiamò la serva, e le disse: – restituite subito a quest'uomo quello che ha portato: io non voglio niente, non voglio niente”

Emergono dal testo seri indizi che il dott. Azzecca-garbugli fosse l'avvocato di Don Rodrigo, cioè del mandante dei bravi, come prova il racconto della visita di Fra' Cristoforo al palazzo del signorotto descritta nel capitolo V, ove viene indicato tra i commensali. In ogni caso, appare che il dott. Azzecca-garbugli non sia in grado di fornire al proprio cliente un'assistenza leale, a causa della contemporanea esistenza di

[na/_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/](https://www.flsc.ca/wp-content/uploads/2018/03/Model-Code-as-amended-March-2017-Final.pdf); il Canadese *Model Code of professional Conduct* in <https://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/03/Model-Code-as-amended-March-2017-Final.pdf>

[8] Si veda, al riguardo, R. Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste*, Milano 2012.

[9] Cfr. R. Bianchi Riva, *La coscienza dell'avvocato*, Milano 2015.

[10] Cfr. R. Bianchi Riva, *La coscienza dell'avvocato*, cit., 264 ss. Cfr. art. 28 Codice Deontologico forense.

[11] Cfr. R. Bianchi Riva, *La coscienza dell'avvocato*, cit., 259 ss. V., oggi, l'art. 24, 1° e 2° comma, Codice Deontologico Forense.

[12] Oggi la disciplina del conflitto di interessi nell'assunzione di un nuovo mandato è contenuta nell'art. 24, 3° comma, Codice Deontologico Forense

[13] Cfr. R. Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste*, cit., 127 ss.

[14] V. art. 14 Codice Deontologico Forense.

[15] V. art. 15 Codice Deontologico Forense.

obblighi nei confronti di terzi o, comunque, di propri interessi personali[16].

Insomma, Manzoni vorrebbe descrivere una situazione patologica della giustizia del '600, rimproverando al dott. Azzecca-garbugli di difendere i potenti in danno dei cittadini comuni; ma, in realtà, descrive come l'avvocato deve comportarsi quando si trova a gestire un conflitto di interessi. La condotta tenuta dall'avvocato (rinuncia al mandato) è dovuta[17]; mentre l'alternativa (l'avvocato continua a rappresentare Renzo, pur in presenza di conflitto di interessi), che sembrerebbe auspicabile, tutelando il debole sul forte, viola il dovere di fedeltà nei confronti del cliente[18], dovere che costituisce un usbergo necessario dell'amministrazione della giustizia e uno degli elementi imprescindibili del processo.

3. Riguardo al secondo capo di imputazione, manca la prova che il dott. Azzecca-garbugli abbia posto in essere una condotta integrante i reati di minaccia, istigazione alla corruzione ed intralcio alla giustizia. Quello che emerge dal testo manzoniano è che l'avvocato si è limitato a suggerire come "possibili" alcune linee di difesa senza porre in essere alcuna condotta illecita rilevante[19]. Il problema, al più, è quello di verificare se esistano e quali siano i limiti dell'avvocato che si trovi a consigliare al proprio assistito una strategia difensiva.

Nella glossa al *Decretum Gratiani* si diceva che all'avvocato era consentito ricorrere all'inganno[20]; nella glossa al *Liber sextus* si affermava che la parte poteva reagire ai cavilli ed

alle astuzie della controparte con i medesimi mezzi[21]; san Tommaso[22] affermava che l'avvocato poteva usare stragemmi, ma non poteva compiere atti in frode[23]. Solo in età moderna, con il divieto imposto all'avvocato di difendere in modo ingiusto[24] ed il nuovo ruolo assunto dall'avvocato nel processo, prende forma il dovere di verità dell'avvocato, riconosciuto anche negli attuali codici deontologici[25]. In questa prospettiva, il dott. Azzecca-garbugli raccomanda alla parte di dire la verità all'avvocato e suggerisce di rivolgersi al mandante, cioè al titolare dell'interesse difeso, per verificare se possa intervenire per agevolare una composizione della lite[26], sempre auspicabile:

"Se non avete fede in me, non facciam niente. Chi dice le bugie al dottore, vedete figliuolo, è uno sciocco che dirà la verità al giudice. Se volete ch'io v'aiuti, bisogna dirmi tutto, dall'a fino alla zeta, col cuore in mano, come al confessore. Dovete nominarmi la persona da cui avete avuto il mandato: sarà naturalmente persona di riguardo; e, in questo caso, io anderò da lui, a fare un atto di dovere. Non gli dirò, vedete, ch'io sappia da voi, che v'ha mandato lui: fidatevi. Gli dirò che vengo ad implorar la sua protezione, per un povero giovine calunniato. E con lui prenderò i concerti opportuni, per finir l'affare lodevolmente. Capite bene che, salvando sé, salverà anche voi. Se poi la scappata fosse tutta vostra, via, non mi ritiro: ho cavato altri da peggio imbrogli... Purché non abbiate offeso persona di riguardo, intendiamoci, m'impegno a togliervi d'impiccio: con un po' di spesa, in-

[16] V. Rule 1.7 ABA MRPC: "a lawyer shall not represent a client if the representation involves a concurrent conflict of interest. A concurrent conflict of interest exists if: (1) the representation of one client will be directly adverse to another client; or (2) there is a significant risk that the representation of one or more clients will be materially limited by the lawyer's responsibilities to another client, a former client or a third person or by a personal interest of the lawyer". V., altresì, la Rule 3.4-2 del *Canadian Model code* «A lawyer must not represent a client in a matter when there is a conflict of interest, unless there is express or implied consent from all affected clients and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent the client without having a material adverse effect upon the representation of or loyalty to the client or another client».

[17] V. art. 68 Codice Deontologico Forense.

[18] V. art. 10 Codice Deontologico Forense.

[19] V. Rule 1.2 (d) ABA MRPC «A lawyer shall not counsel a client to engage, or assist a client, in conduct that the lawyer knows is criminal or fraudulent, but a lawyer may discuss the legal consequences of any proposed course of conduct with a client and may counsel or assist a client to make a good faith effort to determine the validity, scope, meaning or application of the law».

[20] Gl. *Insidijs* a Decr. C. 23 q.2 c.2, dominus.

[21] Cfr. *Liber sextus*, gl. *Malignantium* a VI, 1, 6, 16, *de electione et electi potestate* c. *cupientes*

[22] Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, IIa IIae, q.71, art.3.

[23] Per una panoramica, v. R.Bianchi Riva, *Il dovere di verità: fra tecniche della difesa e deontologia forense nel medioevo e nell'età moderna*, in *Italian Review of Legal History* 2015, n. 04, pag. 1-20.

[24] Cfr. R.Bianchi Riva, *La coscienza dell'avvocato*, cit., 246 ss., 290.

[25] V. Rule 2.1. ABA MRPC: "In representing a client, a lawyer shall exercise independent professional judgment and render candid advice. In rendering advice, a lawyer may refer not only to law but to other considerations such as moral, economic, social and political factors, that may be relevant to the client's situation". Il nostro Codice Deontologico Forense, all'art. 50, si occupa del dovere di verità dell'avvocato nel processo.

[26] V. art. 27, 3° comma, Codice Deontologico Forense.

tendiamoci. Dovete dirmi chi sia l'offeso, come si dice: e, secondo la condizione, la qualità e l'umore dell'amico, si vedrà se convenga più di tenerlo a segno con le protezioni, o trovar qualche modo d'attaccarlo noi in criminale, e mettergli una pulce nell'orecchio; perché, vedete, a saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo, e nessuno è innocente. In quanto al curato, se è persona di giudizio, se ne starà zitto; se fosse una testolina, c'è rimedio anche per quelle. D'ogni intrigo si può uscire; ma ci vuole un uomo: e il vostro caso è serio; serio, vi dico, serio: la grida canta chiaro; e se la cosa si deve decider tra la giustizia e voi, così a quattr'occhi, state fresco. Io vi parlo da amico: le scappate bisogna pagarle: se volete passarvela liscia, danari e sincerità, fidarvi di chi vi vuol bene, ubbidire, far tutto quello che vi sarà suggerito".

Nulla di illecito, bensì ordinaria consulenza preparatoria della causa e volta ad evitare la lite.

Comunque la pensasse Manzoni, difendere i potenti non è reato. Il servizio giustizia è ugualmente posto a tutela di tutti i cittadini e i codici deontologici contemporanei^[27], riconoscono che la rappresentanza di una parte non costituisce un'approvazione delle opinioni o attività politiche, economiche, sociali o morali del cliente.

Ne consegue che l'avvocato non può essere ritenuto colpevole di un reato per il fatto di difendere potenti e l'avvocato non può rifiutare, né essere costretto a rifiutare i propri ser-

vizi per il semplice fatto che la causa offenda le proprie opinioni o l'opinione pubblica^[28].

4. Sia consentita una riflessione conclusiva.

La vicenda del dott. Azzecca-garbugli sottolinea l'importanza di una tra le diverse funzioni dell'etica professionale, che consiste nel fornire all'avvocato quella necessaria legittimazione che possa consentirgli di esercitare in modo pieno il diritto di essere sentito dal giudice. La collettività (sulla linea di Manzoni) percepisce la condotta di Azzecca-garbugli come il prototipo del pessimo avvocato; l'avvocato la percepisce in modo diverso e vi vede l'esemplificazione di una condotta professionale che non oltrepassa mai il limite di quello che è consentito, pur avvicinandosi pericolosamente al confine.

È qui che la deontologia può aiutare a far convergere questa differente percezione. Da un lato, la conoscenza delle regole etiche dell'avvocato meriterebbe di essere, prima approfondita, poi divulgata, così che la collettività possa comprendere che l'avvocato non ha privilegi, ma prerogative necessarie alla tutela dei diritti e che certe condotte dell'avvocato, oggi incomprensibili ai più, sono in realtà funzionali al predetto scopo. Dall'altro lato, occorre pretendere che l'avvocato tenga una condotta eticamente corretta poiché così si incrementa la fiducia della collettività nella giustizia.

^[27] La Rule 1.2 (b) delle *Model rules of professional conduct* dell'American Bar Association, dispone che: "A lawyer's representation of a client, including representation by appointment, does not constitute an endorsement of the client's political, economic, social or moral views or activities".

^[28] La rule C28 del BSB Handbook, 3rd Edition (v3.2) febbraio 2018, contenente le regole di condotta dei Barrister, dispone che: "You must not withhold your services or permit your services to be withheld on the ground that the nature of the case is objectionable to you or to any section of the public".

HOSTING PROVIDER E RESPONSABILITÀ

L'abrogazione tacita e retroattiva dell'irresponsabilità dell'hosting provider (Nota a Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 12 luglio-27 giugno 2019)

di Francesca Ferrari

DEL 15 OTTOBRE 2019

Sommario

1. La vicenda litigiosa alla base della pronuncia
2. L'hosting provider "attivo"
3. La sentenza n. 7708/2019 della Suprema Corte
4. L'ulteriore elaborazione dell'hosting provider attivo da parte del Tribunale di Roma
5. L'onere della prova
6. Conclusioni

1. La vicenda litigiosa alla base della pronuncia

Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 12 luglio-27 giugno 2019

La società Reti Televisive Italiane s.p.a. (RTI) agiva in giudizio nei confronti della società francese Dailymotion SA (DAILYMOTION) titolare dell'omonimo portale telematico, lamentando, da parte della convenuta, la violazione dei propri diritti autoriali e di marchio e per ottenere le inibitorie previste dalla legge, oltre che il risarcimento del danno consequenziale.

L'attrice, dopo aver dimostrato la titolarità dei diritti di sfruttamento economico e dei marchi ed aver allegato che sulla piattaforma della convenuta vi erano *file* audio e video in violazione degli art. 78 ter e 79 l.d.a. e dell'[art. 20 c.p.i.](#) e

che la convenuta era stata reiteratamente diffidata ed invitata alla rimozione dei contenuti in violazione chiedendo che venisse ordinata al *provider* la rimozione di tutti i file illegittimamente caricati, pronunciata l'inibitoria ed ogni ulteriore violazione nonché condannata la convenuta al risarcimento del danno. La convenuta, eccetto il difetto di giurisdizione e sollevata questione pregiudiziale per remissione degli atti alla Corte di Giustizia, con riferimento all'interpretazione degli artt. 3 e 2, lett. h) e i), della direttiva sul commercio elettronico^[1], chiedeva il rigetto delle domande attoree invocando la scriminante prevista dalla direttiva 2000/31/CE e recepita nell'ordinamento nazionale con il [decreto legislativo n. 70/2003](#) ed in particolare gli articoli [16](#) e [17](#) [2] del decreto legislativo citato, che, richiaman-

[1] Trattasi della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

[2] È il d.lgs. di attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 87 del 14 aprile 2003. L'[art. 16](#) – rubricato «Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – *hosting*» recita: «1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse», mentre l'[art. 17](#) – rubricato «Assenza dell'ob-

do analoghe disposizioni contenute nella normativa sovranazionale, contemplanamente delle esenzioni di responsabilità per i soggetti coinvolti a vario titolo nella gestione dei dati. Con la sentenza del 12 luglio scorso il Tribunale di Roma ha ritenuto che la convenuta dovesse qualificarsi come *hosting provider* attivo e che la stessa non potesse perciò beneficiare del contenuto la scriminante invocata e, sulla base di ciò, ha pronunciato l'inibitoria nei confronti della società titolare del portale condannandola altresì al risarcimento del danno.

2. L'*hosting provider* "attivo"

È ben noto che la figura dell'*hosting provider* attivo non ha riconoscimento normativo.

In realtà l'[art. 16 d.lgs. 70/2003](#) si limita a definire il servizio svolto dall'*hosting provider* come «memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio». Quanto poi all'[art. 17 del già citato d.lgs. 70/2003](#) lo stesso – come si è detto e come emerge dalla stessa rubrica della norma – prevede che l'*hosting provider* sia esonerato da un obbligo di generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette e memorizza così come da un obbligo generale di «ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

È chiaro che l'esonero di cui all'[art. 17](#) così come l'esenzione da responsabilità *ex art. 16* si caratterizzano in quanto hanno «come comune denominatore, il criterio della neutralità»^[3]. Sia il decreto sia la direttiva dunque, precisano che l'attività di *hosting* implica una memorizzazione du-

ratura di informazioni per conto di un utente^[4] e prevedono che l'irresponsabilità del *provider* si verifichi a condizione che lo stesso non sia a conoscenza di fatti, per quanto riguarda la responsabilità civile, che rendono manifesta l'illiceità dell'informazione, posto che una volta invece acquisita la conoscenza dell'illecito, il *provider* deve agire per rimuovere l'informazione stessa.

È chiaro che il regime di favore delineato nella normativa ha la funzione di proteggere il *provider* per quanto riguarda la memorizzazione duratura di informazioni di terzi e ben si evince, dal dettato legislativo, che tale irresponsabilità è del tutto indipendente dalla natura delle informazioni così come dalle «operazioni legate ad ulteriori aspetti del servizio o finalizzate ad ottimizzare il medesimo»^[5] e si fonda esclusivamente sulla neutralità del *provider*.

In un contesto, dunque, nel quale certamente si profilavano difficoltà ermeneutiche nasce, a livello giurisprudenziale, la figura dell'*hosting provider* attivo che perderebbe – secondo la giurisprudenza in particolare nazionale – l'esonero da responsabilità in quanto interferisce nella elaborazione e nella presentazione delle informazioni^[6].

Pertanto la giurisprudenza ha individuato una pluralità di criteri per ricondurre il *provider* dall'una all'altra delle categorie e, in particolare, la Corte di Giustizia ha certamente operato con molta prudenza al fine di non porre nel nulla l'intento del legislatore. In termini generali si può dire che se, da un lato, le caratteristiche e le funzionalità del *provider* così come la sua natura imprenditoriale e l'esistenza di un ritorno economico sono stati ritenuti elementi non idonei a far veni-

bligo di generale di sorveglianza» dispone: «1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli [14](#), [15](#) e [16](#), il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli [14](#), [15](#) e [16](#), il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

^[3] Cfr. Montagnani, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, 2018, Milano pagg. 85-86.

^[4] Questa memorizzazione duratura distingue, secondo il legislatore, l'attività di hosting da quella di mere *conduit* (i *provider* deputati a consentire l'accesso alla rete, per il tramite delle loro infrastrutture, comunemente detti «*mere conduit*» o «*access provider*»; questi *provider* offrono dunque agli utenti della rete il semplice trasporto di dati e di informazioni) o di *caching* (in questo caso il *provider* offre un servizio di memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di informazioni allo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari su loro richiesta).

^[5] Montagnani, *op. cit.*, pag. 102. In questo senso cfr. Cass. Civ., Sez. I, [19 marzo 2019, n. 7708](#).

^[6] L'elaborazione giurisprudenziale di una nuova figura di *provider*, il c.d. *hosting* attivo muove dalla giurisprudenza europea (Corte giustizia UE, sentenza del 23 marzo 2010, cause riunite da [C-236/08](#) a [C-238/08](#), *Google France & Google Inc. e altri c. Louis Vuitton Malletier*), che è stata poi recepita con qualche incertezza da quella italiana – a favore: Trib. Torino, 23 giugno 2014, in *AIDA*, 2015, pagg. 1684 e ss.; *contra*: App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, in *Dir. ind.*, 2015, 5, pagg. 455 e ss.

re meno la neutralità^[7], in quanto evidentemente non determinano una conoscenza o un controllo preventivo delle informazioni memorizzate, dall'altro lato l'esistenza di attività redazionali sulle informazioni medesime consistenti nella creazione o nell'interferenza delle informazioni, comportano il venire meno della neutralità del *provider* in quanto l'ingerenza sul contenuto menzionato certamente determina la consapevolezza dell'illiceità dello stesso^[8].

3. La sentenza n. 7708/2019 della Suprema Corte

Su questo tessuto normativo e giurisprudenziale è intervenuta la sentenza [n. 7708 del 19 marzo](#) scorso della Suprema Corte che, se da un lato costituisce un tentativo, sotto questo profilo apprezzabile, di colmare l'inevitabile scarto esistente tra la normativa e l'evoluzione tecnologica, dall'altro lato non convince sia in quanto non esclude che, al ricorrere di determinate condizioni, anche il *provider* passivo possa incorrere in responsabilità sia in quanto l'enunciazione del principio in questione non conduce, nella vicenda specifica,

ad alcuna conclusione se non al rigetto del motivo di ricorso. La corte, infatti, dopo avere fornito una definizione onnicomprensiva delle attività idonee a qualificare il *provider* come *hosting* «attivo»^[9], da un lato sottolinea che la corte di merito avrebbe errato ove «già in astratto rifiuta la figura di hosting provider attivo», ma dall'altro lato sostiene che il motivo di ricorso è infondato in quanto «la sentenza impugnata della Corte d'Appello di Milano ha accertato le attività svolte ... ed è giunta alla conclusione secondo cui il ruolo del prestatore dei servizi, nella vicenda in esame, non ha varcato i limiti della prestazione di mero *hosting provider* passivo». Se così stanno le cose quale significato ha cercare di fornire una definizione in questa sede di *provider* attivo?

Eguale non condivisibile è l'ulteriore conclusione alla quale giunge la Corte con riferimento al requisito della conoscenza effettiva dell'illiceità della condotta, che deve sussistere affinché si possa configurare una responsabilità del *provider*. La Corte sul punto sostiene che – ai fini della conoscenza effettiva – non è ovviamente necessaria una diffi-

[7] In questo senso si esprime la Corte di giustizia nel già citato caso *Google France & Google Inc. e altri c. Louis Vuitton Malletier*.

[8] Cfr. le considerazioni della Corte di giustizia nella sentenza del 12 luglio 2011, *L'Oréal e a., C-342/09* nonché nel caso deciso l'11 settembre 2014, *Sotiris Paspavas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e a., C-291/13*, ove viene considerata attività redazionale la selezione di parole chiave. La prima pronuncia italiana che delinea la figura dell'*hosting provider* attivo è del tribunale di Catania (Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Gius.*, 2004, pagg. 3499 e ss.) e nel contesto della stessa si sottolinea – a parere di chi scrive in armonia con il testo della direttiva e del d. lgs. di attuazione della stessa – che la responsabilità del *provider* non può qualificarsi come oggettiva ma si configura invece come «colposa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire».

[9] La Suprema Corte addivene alla conclusione secondo la quale deve considerarsi «attivo» il *provider* che svolge «a titolo esemplificativo» «attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione». Conformi a questo orientamento anche Trib. Lucca, 20 agosto 2007, in *Dir. internet*, 2008, pagg. 81 e ss.; Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, pagg. 1568 e ss. con commento di Bugiolacchi, (*Dis*) *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider*; Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. info.*, 2012, pagg. 1210 e ss. con annotazioni di Scannicchio, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione «auto-complete»*. Si deve invece alla giurisprudenza penale della Suprema Corte l'elaborazione della figura del *content provider* che altri non è se non l'*hosting* attivo. Nella vicenda relativa al sito *Pirate Bay*, ritenuta penalmente responsabile per il reato di illecita comunicazione al pubblico per finalità di lucro e tramite reti telematiche di opere protette dal diritto d'autore, la Cassazione ha ritenuto che le attività dell'imputato, consistenti nell'indicizzazione delle informazioni affinché gli utenti potessero decidere da quale sito procedere al downloading dei file, consentissero di configurarlo appunto quale responsabile del reato sopra delineato; in conformità cfr. anche la decisione della Corte di giustizia nel caso *Stichting c. Ziggo*, C-610/2015 che correttamente sottolinea come gli amministratori della piattaforma nel caso *Pirate Bay* incitassero gli utenti a realizzare copie delle opere protette dal diritto d'autore. La giurisprudenza domestica prevalentemente del Tribunale di Milano, di quello di Roma e di quello di Torino si occupa dei servizi offerti da *Yahoo*, *Google* e *Youtube* in una serie di vicende relative a violazioni di opere dell'ingegno poste in essere in rete. Dall'esame della stessa sembra si possa dire che, mentre il tribunale capitolino, seppur con qualche eccezione, propende per una valutazione estensiva del concetto di *hosting provider* attivo, quello meneghino e quello sabaudo paiono per la verità più misurati e prudenti (cfr. quanto al tribunale di Roma, oltre alla già citata pronuncia del 16 dicembre 2009, le pronunce del 23 marzo 2011, in *Giur. comm.*, 2012, 2, pagg. 894 e ss., con commento di Colangelo, *La responsabilità del service provider per violazione indiretta del diritto d'autore nel caso Yahoo Italia*; Trib. Roma, ord., 14 aprile 2010, in *Il dir. ind.* 2010, 2, pagg. 248 e ss. con nota di Mula, *La responsabilità e gli obblighi degli internet provider per violazione del diritto d'autore*; quanto al tribunale di Milano cfr. la sentenza del 9 settembre 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2011, pagg. 109 e ss. con commento di Saraceno, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider* e Trib. Milano, 25 marzo 2013, in *Dir. info.*, 2013, pagg. 385-388, con nota di Scannicchio, *Il provider non risponde per gli accostamenti diffamatori prodotti automaticamente dal motore di ricerca*, ma anche App. Milano, 7 gennaio 2015, *RTI c. Yahoo!*; Trib. Torino, 7 aprile 2017, *Delta Tv c. Google-YouTube*; Trib. Torino, ord. 19 ottobre 2015, *Delta Tv c. Dailymotion*; Trib. Torino, 24 gennaio 2018, *Delta Tv c. Dailymotion*.

da e che è sufficiente l'esistenza «di una comunicazione in tal senso operata dal terzo, il cui diritto si assume leso... L'onere della prova a carico del mittente riguarda, in tale contesto, solo l'avvenuto recapito all'indirizzo del destinatario» e ancora «resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, sotto il profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, od, invece, sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo 'url'» nonché «quello in esame è peraltro, un profilo squisitamente di merito, che presuppone un ineludibile accertamento in fatto; se del caso, ove sia necessario un ausilio esperto in ragione dei profili tecnici coinvolti, mediante consulenza tecnica d'ufficio ...»[10].

4. L'ulteriore elaborazione dell'hosting provider attivo da parte del Tribunale di Roma

La pronuncia oggetto di queste considerazioni, che espressamente fa riferimento alla sentenza [n. 7708/2019](#) della Cassazione, si spinge peraltro ancora più in là.

Ed infatti, se, in ogni caso, la corte aveva sottolineato che le funzioni svolte dal *provider* là considerato (n.d.r. *Yahoo*) mediante tecnologie avanzate non consentivano in ogni caso, di determinare il mutamento della natura del servizio offerto che doveva ritenersi «*meramente passivo*», il Tribunale di Roma ritiene invece che elementi rilevanti ai fini del venir meno della neutralità di Dailymotion possano desumersi dal-

la natura imprenditoriale del servizio[11] così come dall'utilizzo, da parte del *provider*, di *cookies* di profilazione ai fini della valutazione comportamentale degli utenti, senza tuttavia accertare in alcun modo se ciò determini lo svolgimento di attività editoriali o invece sia il frutto di procedure automatizzate. Anzi, quanto ai *cookies*, il Tribunale sembra ritenere rilevante che gli stessi siano stati predisposti da tecnici informatici e deduce che ciò presuppone «un vaglio dei contenuti memorizzati».

Questa ricostruzione, seppure suggestiva, non tiene però conto del fatto che i *cookies* operano automaticamente ed è evidente che vi sia un intervento umano anche alla base di essi, posto che ad oggi non vi sono ipotesi di file di testo che siano creati *ex novo* da un sistema di intelligenza artificiale; il Tribunale peraltro neppure si cura di distinguere tra i *cookies* tecnici e quelli di profilazione[12] che, *ex lege*, devono essere disattivabili dall'utente finale.

Eguale non condivisibili sono le affermazioni del tribunale in merito al requisito della conoscenza del contenuto illecito.

La pronuncia, infatti, ritiene che «la società convenuta non possa aver ignorato, proprio in ragione della propria complessa attività imprenditoriale, delle energie profuse (testimoniate dal bilancio allegato in atti), e dalle modalità controllo e comunque sussistono all'atto del caricamento dei contenuti video, la presenza sulla propria piattaforma di almeno 995 caricamenti coperti da diritto d'autore riferibili a parte attrice che contemplano programmi di grandissimo seguito ed interesse del pub-

[10] Il riferimento della Corte all'utilizzo dello strumento della consulenza tecnica al fine di accertare i requisiti che la notizia deve avere sembra molto pericoloso. Se infatti dovesse prevalere l'utilizzo della consulenza tecnica al fine di individuare le modalità per utilizzare gli strumenti di intelligenza artificiale nel processo, inevitabilmente si produrrebbe un effetto di ulteriore allontanamento del giudice dalla prova nonché un *outsourcing* al quadrato del giudizio di fatto (cfr. le considerazioni di Cavallone in merito alla consulenza tecnica ove sottolinea come la stessa sia «il prodotto, già assemblato e finito, di una operazione di outsourcing, che include sia la raccolta delle informazioni utili per il giudizio di fatto, sia la formulazione (tramite le risposte ai «quesiti») del giudizio stesso», Cavallone, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pagg. 947 e ss.).

[11] *Contra* cfr. App. Milano, 7 gennaio 2015, *RTI c. Yahoo!*; Trib. Torino, 7 aprile 2017, *Delta Tv c. Google-YouTube*, tutte già citate.

[12] I *cookie* sono piccoli file di testo che i siti visitati dagli utenti inviano ai loro terminali, ove vengono memorizzati per essere poi ritrasmessi agli stessi siti alla visita successiva. I *cookie* delle c.d. «terze parti» vengono, invece, impostati da un sito web diverso da quello che l'utente sta visitando. Questo perché su ogni sito possono essere presenti elementi (immagini, mappe, suoni, specifici link a pagine web di altri domini, ecc.) che risiedono su server diversi da quello del sito visitato. I *cookie* tecnici servono a effettuare la navigazione o a fornire un servizio richiesto dall'utente. Non vengono utilizzati per scopi ulteriori e sono normalmente installati direttamente dal titolare del sito web. Senza il ricorso a tali *cookie*, alcune operazioni non potrebbero essere compiute o sarebbero più complesse e/o meno sicure, come ad esempio le attività di *home banking* (visualizzazione dell'estratto conto, bonifici, pagamento di bollette, ecc.), per le quali i *cookie*, che consentono di effettuare e mantenere l'identificazione dell'utente nell'ambito della sessione, risultano indispensabili. I *cookie* di profilazione sono invece utilizzati per tracciare la navigazione dell'utente in rete e creare profili sui suoi gusti, abitudini, scelte, ecc. Con questi *cookie* possono essere trasmessi al terminale dell'utente messaggi pubblicitari in linea con le preferenze già manifestate dallo stesso utente nella navigazione online. Per l'installazione dei *cookie* tecnici non è richiesto il consenso degli utenti, mentre è necessario dare l'informativa (art. 13 del Regolamento UE n. 679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati o GDPR). I *cookie* di profilazione, invece, possono essere installati sul terminale dell'utente soltanto se questo abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con modalità semplificate.

blico» e, per tal via sostituisce al requisito della conoscenza effettiva quello della conoscibilità potenziale. A supporto di ciò peraltro il Tribunale cita i termini del contratto tra il provider e l'utente finale, nel contesto del quale si legge che il provider non è «legalmente tenuto a nessun obbligo generale di sorveglianza del contenuto trasmesso e stoccato tramite il sito; le sole obbligazioni inerenti alla qualità di *host* riguardano la lotta contro alcuni contenuti secondo la procedura descritta alla rubrica «contenuti abusivi», la conservazione dei dati di connessione ed il ritiro di ogni contenuto manifestamente illecito non appena ne avremo avuto conoscenza effettiva».

5. L'onere della prova

La pronuncia si discosta poi dall'interpretazione generalmente accettata dal processualcivile in tema di onere della prova. Il tribunale infatti afferma: «incombeva alla convenuta dare la dimostrazione fattuale dell'esistenza di una struttura di impresa, di un'organizzazione di dipendenti e di una modalità di gestione compatibili con quanto previsto dall'articolo 14 della direttiva e 16 della normativa nazionale. Alla luce difatti di un principio generale di responsabilità per la pubblicazione e diffusione di materiale altrui protetto da diritto d'autore (DAILYMOTION è perfettamente conscia del fatto che la maggior parte del materiale divulgato sulla sua piattaforma è coperto da privativa autoriale) la convenuta era gravata dall'onere di dare fattiva dimostrazione del possedere le specifiche corrispondenti all'esimente stabilita dal Legislatore comunitario, anche (e soprattutto) alla luce dell'interpretazione restrittiva che si è andata via via sviluppando con riferimento all'articolo 14 ed alla figura generale dei ISP. Né doveva essere l'attrice gravata dell'onere di dimostrare l'assenza dei presupposti dell'esimente in capo alla convenuta; nessuno, difatti, più dell'interessata, può dare dimostra-

zione fattiva del meccanismo di funzionamento della propria piattaforma, del personale e dei mezzi impiegati, delle modalità di gestione e stoccaggio dei files e dei video (anche alla luce del ben noto principio della riferibilità e della vicinanza della prova)».

È ben noto che la regola dell'*onus probandi* si rivolge prettamente al giudice e che il principio della vicinanza della prova, ormai dotato di natura dogmatica quantomeno secondo gli ermellini^[13], costituisce il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale che ha ritenuto «conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del “principio di riferibilità o di vicinanza della prova”, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore»^[14] ed ha poi esteso l'ambito di operatività del criterio in questione a settori diversi rispetto all'inadempimento contrattuale, come quello di specie^[15].

In termini generali si ritiene debba essere gravata della prova di un fatto la parte che, con maggior facilità, può assolvere al relativo onere^[16], ma affinché l'interpretazione dell'art. 2697 c.c. possa dirsi costituzionalmente orientata è necessario – come da sempre segnalato dagli autori – valutare la fattispecie concreta^[17]. Nel caso di specie tuttavia il tribunale propone un'interpretazione del criterio della vicinanza alla prova molto distante in quanto sembra evidente che è più facile per il titolare del diritto provare la conoscenza del contenuto illecito da parte del *provider* che non per quest'ultimo la sua ignoranza. È ciò non solo in quanto l'attore è onerato di provare un fatto positivo mentre – secondo il tribunale – spetterebbe al convenuto la prova di un fatto negativo^[18], ma anche per-

[13] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Corr. giur.*, 2006, pag. 1727.

[14] Cass. Civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, pagg. 1565 e ss., con nota critica di Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Foro it.*, 2002, 1, coll. 769 e ss., con nota di Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 1, pagg. 349 e ss., con nota di Meoli, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*.

[15] Le applicazioni giurisprudenziali più frequenti del principio di vicinanza della prova si rilevano nel campo della responsabilità medica (cfr. *ex multis* Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, 1, coll. 455 e ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, coll. 612 e ss., con nota di De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*), in ipotesi di licenziamento illegittimo e in materia di danno da prodotto difettoso.

[16] Cfr.: Besso, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pagg. 1383 e ss.

[17] Cfr. a mero titolo esemplificativo Micheli, *L'onere della prova*, 1942, Padova, pag. 4, ove precisa che la regola di giudizio «esplica i propri effetti nel processo, rendendo possibile al giudice la pronuncia di merito in ogni caso; ma il contenuto (concreto) della regola non è determinabile se non tenendo conto della pretesa fatta valere in giudizio, e pertanto del rapporto giuridico controverso».

[18] Cfr. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, 2015, Torino, pag. 256, ritiene «illogico, oltre che di scarsa fattibilità, onerare il soggetto (della prova) di un fatto «negativo», che l'evento non si è verificato (*negativa non sunt probanda*) ... giusta il «principio della “vicinanza” e/o della “riferibilità” della prova ...», ove si assuma che i fatti di inadempimento riguardino in misura più diretta la sfera del debitore ... è a quest'ultimo che incombe la prova liberatoria (di aver adempiuto), restando al creditore solo l'onere di provare la titolarità del proprio diritto e l'allegazione della sua mancata soddisfazione».

ché l'onere di provare l'inoperatività dell'eccezione di esonero dalla responsabilità certamente non può gravare su chi quell'eccezione propone.

Evidentemente il tribunale propone un'applicazione del principio di vicinanza non conforme alla regola della ripartizione degli oneri probatori volta dalla volontà di ristabilire un potenziale squilibrio tra le parti in senso sostanziale, ma – così facendo – determina una situazione nell'ambito della quale il rischio dell'onere dell'omessa prova ricade sulla parte in grado di evitarlo solo con maggiori difficoltà e, peraltro, a ciò si giunge non mediante una modificazione *ex lege* o *ex contractus* della regola di ripartizione degli oneri probatori, bensì mediante un intervento manipolatorio degli stes-

si ad opera del giudice e ciò in contrasto anche con la già richiamata recente pronuncia della Suprema Corte.

6. Conclusioni

La pronuncia qui commentata e criticata avrebbe potuto essere ritenuta corretta nelle sue conclusioni, ma non nell'*iter* argomentativo, tra qualche anno quando forse sarà attuata in Italia la Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale^[19], tuttavia oggi la direttiva in questione neppure è entrata in vigore e, dunque, la pronuncia determina un'inaccettabile – a parere di chi scrive – applicazione retroattiva della direttiva da ultimo citata ed un'erosione dell'ambito applicativo dell'esenzione di responsabilità dei *provider*.

^[19] Il riferimento è alla Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 17 maggio 2019. L'art. 17 della direttiva prevede: «Gli Stati membri dispongono che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettua un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico ai fini della presente direttiva quando concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti. Un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online deve pertanto ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali» e, dunque, gli *internet service provider* dovranno assicurarsi di ottenere l'autorizzazione da parte dell'autore per la condivisione dei contenuti; ove un autore o un editore per suo conto, decidesse di non mettere a disposizione i propri contenuti, nemmeno a fronte di compenso, gli *internet service provider* dovranno bloccare la diffusione degli stessi. Eguale condotta è richiesta agli *internet service provider* qualora venga riscontrata a posteriori la pubblicazione di un contenuto coperto da *copyright*.

PRESUNZIONI SEMPLICI

Il sindacato della Corte di Cassazione sulle presunzioni semplici

di Mirco Minardi

DEL 17 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Le presunzioni semplici e il “vecchio” n. 5) dell’art. 360, primo comma, c.p.c.
2. Le presunzioni semplici dopo la modifica del n. 5) dell’art. 360, primo comma, c.p.c.

1. Le presunzioni semplici e il “vecchio” n. 5) dell’art. 360, primo comma, c.p.c.

Il [primo comma dell’art. 2729 c.c.](#) afferma che le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.

Si tratta di una norma fondamentale, in quanto individua le condizioni minime affinché il giudice possa legittimamente affermare o negare l’esistenza di un fatto “ignoto”, sulla scorta degli elementi indiziari accertati in giudizio e, quindi, dei fatti “noti”.

In pratica, la norma disciplina il ragionamento induttivo in ambito civile, stabilendo che le presunzioni – ma sarebbe stato più corretto scrivere “gli elementi indiziari”^[1] – debbono essere gravi, precisi e concordanti.

La presunzione è grave quando, secondo un criterio probabilistico^[2], da un evento noto (E) è probabile inferire che questo sia stato provocato da uno specifico fatto (F), seppure ignoto. Non occorre, dunque, una relazione di certezza, essendo sufficiente che (F) abbia “probabilmente” provocato (E).

La presunzione è precisa se l’inferenza probabilistica indirizzi verso il fatto (F1) e non anche verso altri fatti (F2, F3, F4, ecc.).

La concordanza esprime – secondo l’opinione ritenuta preferibile dalla giurisprudenza di legittimità^[3] – l’idea che, in tanto la presunzione è ammissibile, in quanto indirizzi alla conoscenza del fatto in modo concordante con altri elementi probatori che, peraltro, possono essere o meno anche altri ragionamenti presuntivi.

In materia di presunzioni semplici gli errori più frequenti commessi dal giudice di merito sono essenzialmente di due tipi:

a) il giudice considera come gravi, precisi e concordanti elementi indiziari che, invece, sono privi di queste caratteristiche e viceversa;

b) il giudice omette di considerare elementi indiziari che, se valutati, avrebbero determinato una decisione diversa.

Vigente il “vecchio” vizio di motivazione, che prevedeva il controllo sulla sufficienza, completezza e non contraddittorietà della motivazione in fatto, la Corte di Cassazione soleva ripetere che spettava al giudice di merito la valutazione circa l’opportunità di fare ricorso alle presunzioni, di individuare i fatti da porre a fondamento del relativo processo logico e di apprezzarne la rispondenza ai requisiti di legge. Nessun controllo avrebbe potuto esercitare la S.C. sul ragionamento presuntivo, sempre che la motivazione adottata fosse stata congrua

[1] Difatti, confrontando l’[art. 2727 c.c.](#) con l’[art. 2729 c.c.](#), si constata che il termine «presunzione» viene utilizzato in un duplice senso e cioè sia come conseguenza che si trae dall’esame di fatti noti, sia come elemento che funge da presupposto del ragionamento induttivo. La presunzione, inoltre, può essere scrutata anche sotto il profilo dinamico, compendiando essa il metodo inferenziale induttivo. Su tali questioni v. P.L. Comoglio, *Le prove civili*, 2010, pag. 645 e ss. Secondo il Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, pag. 452, l’accezione più corretta di indizio è, appunto, “il fatto noto o la fonte che rappresenta la premessa dell’inferenza presuntiva: è dunque indizio qualunque cosa, circostanza o comportamento che il giudice ritenga significativo in quanto da esso possono derivarsi conclusioni relative al fatto da provare”.

[2] Tra le tante, v. Cass. [6 febbraio 2019, n. 3513](#).

[3] In tal senso, v. Cass., sez. un., [24 gennaio 2018, n. 1785](#).

dal punto di vista logico, immune da errori di diritto e rispetto dei principi che regolano la prova per presunzioni^[4]. Il controllo delle presunzioni semplici da parte della Suprema Corte, pertanto, non avveniva direttamente, bensì indirettamente, scrutinando la motivazione e, in particolare, verificando il rispetto dei canoni della coerenza, sufficienza, completezza.

2. Le presunzioni semplici dopo la modifica del n. 5) dell'art. 360, primo comma, c.p.c.

Come è noto, il n. 5) dell'art. 360 c.p.c. è stato sostituito dall'art. 54, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv., con modif., in l.

7 agosto 2012, n. 134)^[5]. La disposizione prevede ora la possibilità di denunciare in Cassazione l' "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti". Si tratta di un vizio specifico e ben identificato che non ha più nulla a che vedere con il difetto di sufficienza, di logicità e di coerenza della motivazione, vizi che oggi possono essere denunciati – secondo l'orientamento prevalente della S.C.^[6] -, laddove gravi e decisivi, in relazione al n. 4) dell'art. 360 c.p.c. per violazione dell'art. 132, n. 4 c.p.c.^[7] Le Sezioni Unite^[8] hanno precisato che il fatto di cui è stato omesso l'esame può consistere tanto in un fatto principa-

[4] Tra le tante, v. Cass. 3 ottobre 2013, n. 22591. Nella prassi si era soliti censurare la decisione sulle presunzioni semplici contestualmente con il motivo di cui al n. 3) e al n. 5) dell'art. 360 c.p.c. In dottrina, sulla riconducibilità della censura *de qua* al vizio motivazionale, v. V. Andrioli, voce *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. XIII, pag. 772; F. Cordopatri, *Presunzione (dir. proc. civ.)*, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Vol. XXXV, pag. 298.

[5] La disposizione si applica alle sentenze pubblicate dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, con i limiti di applicabilità previsti dal terzo comma dello stesso art. 54 del d.l. n. 83/2012. Ai sensi del secondo comma dell'art. 54 la disposizione si applica «ai giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». I contributi dottrinari sulla modifica del n. 5) del primo comma dell'art. 360 c.p.c. sono assai numerosi; tra i tanti si segnala: B. Capponi, *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. Secondo la Corte di cassazione*, in *www.judicium.it*; B. Sassani, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 849 ss.; G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 156 ss.; Consolo, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corr. giur.*, 2012, 1133 ss.; Panzarola, *Commentario alle riforme del processo civile, a cura di Martino e Panzarola*, Torino, 2013, p. 693 ss.; Caponi, *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it*; Id., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5), c.p.c.*, in *Foro it.*, 2013, V, 149 ss.; Bove, *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 431 ss.; Id., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5) c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 677 ss.; Impagnatiello, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 758 ss.; Didone, *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360, n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 631 ss.; Pagni, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, V, 299 ss.; Di Iasi, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1441 ss.; Comoglio, *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 29 ss.; Trisorio Luzzi, *Il ricorso in cassazione: le novità introdotte dal D.L. 83/2012*, in *www.judicium.it*.

[6] Tra le tante e solo per citare le più recenti, v. Cass. 13 settembre 2019, n. 22867; Cass. 30 maggio 2019 n. 14754; Cass. 18 aprile 2019, n. 10813. Nel caso deciso da Cass. 9 novembre 2017, n. 26538, il ricorrente aveva lamentato formalmente un vizio di violazione di legge ai sensi dell'art. 360, n. 3 c.p.c., ma aveva, nell'illustrazione del motivo, prospettato «il più classico dei vizi di contraddittorietà della motivazione: ovvero l'avere il giudice di merito dapprima rigettato le richieste istruttorie, e poi rigettato la domanda perché non provata». In tal senso, v. anche Cass. 17 dicembre 2015, n. 25386. Per la verità, questo orientamento benevolo si scontra con i principi affermati da Cass., sez. un., 24 luglio 2013, n. 17931 per la quale l'errore di sussunzione (dei n.ri 3 o 5 in luogo del n. 4 dell'art. 360 c.p.c.) è giustificabile sempre che «si faccia inequivocabilmente riferimento alla nullità della decisione», dovendosi dichiarare, viceversa, inammissibile il motivo allorché il ricorrente sostenga soltanto che la motivazione sia stata insufficiente o contraddittoria, o che sia stato omesso l'esame di un determinato fatto, o si limiti ad argomentare sulla violazione di legge. Per questi rilievi si veda A. Scarpa, *Il nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. nell'applicazione giurisprudenziale*, *Giustizia Civile*, fasc. 4, 1 aprile 2018, pag. 925.

[7] Come aveva previsto parte della dottrina, infatti, nonostante la modifica del n. 5) non è affatto sparito il controllo di logicità. Scriveva, tra gli altri, il Bove, *op. ult. cit.*, all'indomani della riforma: «Io credo assolutamente nulla di nuovo! Certo assisteremmo alla produzione di massime nelle quali si direbbe che la censura del difetto di motivazione è espunta dal sistema della Cassazione o almeno che essa è espunta nel fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Ma, poi, nella realtà accadrebbe ciò che è già accaduto negli anni '40 del secolo scorso, quando questa stessa formula era legge dello Stato, ossia quel vizio logico cacciato dalla porta delle apparenze rientrerebbe dalla finestra della sostanza delle cose. E ciò perché esso non è espungibile dal sistema della Cassazione, per il semplice fatto che, si ripete, con esso non si fa altro che lamentare una violazione di legge». In dottrina, in tal senso v. anche M. Fornaciari, *Ancora una riforma dell'art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*. In senso contrario v. G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, pag. 188, secondo cui «L'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione, non potranno pertanto essere più censurate come vizio autonomo, come si poteva fare in passato, ma solo come mezzo per arrivare a cogliere l'eventuale omissione». Secondo il modesto parere di chi scrive, invece, appare preferibile l'opinione di chi afferma che la strada per denunciare gli errori compiuti nell'uso delle massime di esperienza e nella formulazione del ragionamento non può che passare attraverso l'art. 116 c.p.c., che non a caso parla di «prudente apprezzamento», in relazione quindi al n. 4 dell'art. 360 c.p.c.; in questo senso, v. R. Caponi, *op. ult. cit.* Su questi argomenti, vedi ampiamente L.A. Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Torino, 2015.

[8] Cass. sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 e 8054. Da allora, il principio è stato costantemente riaffermato; da ultimo, v. Cass. 12 settembre 2019, n. 22808.

le, quanto in un fatto secondario e le presunzioni semplici, come poc'anzi visto, si fondano proprio su un ragionamento che investe l'esame dei fatti secondari.

Dunque, l'aver omesso di esaminare fatti secondari decisivi, in grado di fondare una presunzione semplice, può certamente dar luogo ad un vizio della sentenza, censurabile ai sensi del n. 5) dell'[art. 360 c.p.c.](#)

Il sindacato sulle presunzioni semplici, dopo la riforma del 2012, è stato oggetto di alcuni recenti interventi della Suprema Corte sia a Sezioni Unite^[9], sia a sezioni semplici. In particolare, Cass. civile, sez. 3, [06/07/2018, n. 17720](#), dopo avere approfonditamente affrontato la questione, ha affermato i seguenti testuali principi:

a) in tema di presunzioni di cui all'[art. 2729 c.c.](#), è deducibile come vizio di violazione e falsa applicazione di norma di diritto ai sensi dell'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3): i) l'ipotesi in cui il giudice di merito contraddica il disposto dell'[art. 2729 c.c.](#), [comma 1](#), affermando che un ragionamento presuntivo può basarsi anche su presunzioni (*rectius*: fatti) che non siano gravi, precise e concordanti^[10]; ii) l'ipotesi in cui il giudice di merito fondi la presunzione su un fatto storico privo di gravità o di precisione o di concordanza ai fini della inferenza da esso della conseguenza ignota, così sussumendo sotto la norma dell'[art. 2729 c.c.](#), fatti privi di quelle caratteristiche e, quindi, incorrendo in una sua falsa applicazione, giacché dichiara di applicarla assumendola esattamente nel suo contenuto astratto, ma lo fa con riguardo ad una fattispecie concreta che non si presta ad essere ricondotta sotto tale contenuto, cioè sotto la specie della gravità, precisione e concordanza; iii) l'ipotesi, opposta a quella sub ii) in cui espressamente, cioè motivando, il giudice di merito abbia ritenuto un fatto storico privo di gravità o di precisione o di concordanza ai fini della inferenza da esso della conseguenza ignota, co-

si rifiutandosi di sussumere sotto la norma dell'[art. 2729 c.c.](#), fatti che avrebbero avuto le caratteristiche per esservi sussunti e, quindi, incorrendo per tale ragione in una sua falsa applicazione^[11].

b) In tema di presunzioni di cui all'[art. 2729 c.c.](#), la prospettazione che il giudice di merito abbia omesso di considerare un fatto noto come giustificativo dell'inferenza di un fatto ignoto e, dunque, la mancanza di applicazione di un ragionamento presuntivo che si sarebbe potuto e dovuto fare, allorché il giudice di merito non abbia motivato alcunché al riguardo (e non si verta nell'ipotesi in cui l'invocazione del ragionamento presuntivo fosse stata oggetto di un motivo di appello contro la sentenza di primo grado, nel qual caso il silenzio del giudice può essere dedotto come omissione di pronuncia su motivo di appello), non è deducibile come vizio di violazione di norma di diritto, bensì solo ai sensi dell'[art. 360 c.p.c.](#), n. 5, cioè come omesso esame di un fatto secondario, quello che avrebbe fondato la presunzione e lo è nei sensi e con i limiti sottesi a detto paradigma.

Anche per le presunzioni semplici, dunque, è accaduto quel che si è verificato per altri vizi della sentenza dopo la modifica del 2012, ovvero hanno semplicemente subito un trasloco "ai piani superiori". Ad esempio, la motivazione apparente, che un tempo si denunciava come insufficienza della motivazione^[12] (e quindi ex [art. 360, primo comma, n. 5](#)), oggi si censura con il n. 4), trattandosi di violazione di legge costituzionalmente rilevante^[13]. Del pari, come abbiamo visto, la motivazione irriducibilmente contraddittoria, perplessa o incomprensibile^[14].

Come si vede, la Suprema Corte ha prospettato tutti i possibili scenari e cioè quello dell'errore di diritto in senso stretto, quello dell'errore di sussunzione e quello dell'errore di omesso esame, affermando, a nostro avviso correttamente,

[9] Cass., sez. un., [24 gennaio 2018, n. 1785](#), non chiamate, però, a risolvere un contrasto sulla questione *de qua*.

[10] Si tratta di un caso di violazione diretta della norma non frequente nella pratica.

[11] Principi già affermati dalla richiamata Cass., sez. un., [24 gennaio 2018, n. 1785](#).

[12] Tra le tante, v. Cass. [6 giugno 2012, n. 9113](#).

[13] Cass. [10 giugno 2016, n. 11892](#); in senso conforme, tra le altre Cass. [12 aprile 2017, n. 9356](#); Cass. 30 ottobre 2018, n. 27458.

[14] Tra le decisioni più recenti si veda Cass. 12 settembre 2019, n. 22735 in cui, peraltro, si trova uno straordinario esempio di insufficienza, mascherata da apparenza. La decisione di merito, infatti, è stata cassata con questa motivazione che in nulla si distingue dalle "vecchie" pronunce per omessa/insufficiente motivazione: *"La Corte territoriale ha fondato la propria decisione condividendo da una parte la valutazione del giudice di primo grado circa la particolare imprudenza della condotta del conducente del veicolo antagonista (cfr. pag. 4 della sentenza impugnata), ma considerando, dall'altra, che ciò non fosse sufficiente a ritenere la sua colpa esclusiva; ed ha basato il giudizio di "pari responsabilità" di entrambi i conducenti dei mezzi sulla violenza dell'impatto del motoveicolo desunta dalla parte meramente percettiva delle dichiarazioni rese dai testi O. ("sopraggiunte a tutta velocità"), G. e B. (che hanno riferito "una scivolata di 200 metri prima dell'impatto") e "un "impatto violento": cfr. pag. 5 primo e secondo cpv) senza alcuna valutazione circa la graduazione di responsabilità imposta proprio dalle emergenze processuali e giungendo, in assenza di logica e consequenziale motivazione, ad un giudizio di "sostanziale equivalenza delle infrazioni del C.d.S. rispettivamente commesse", privo di ogni considerazione relativa al contenuto ed al valore fidefacente del rapporto dell'incidente stradale redatto dai Vigili Urbani".*

che nei primi due casi ricorre il vizio di legge, da far valere in relazione al n. 3) del [primo comma dell'art. 360 c.p.c.](#), mentre nel terzo il vizio di cui al n. 5) dell'[art. 360 c.p.c.](#) La soluzione non mancherà di sollevare le critiche di una parte della dottrina, ma ci pare in linea con quella impostazione che individua il confine del sindacato della Supre-

ma Corte non ripiegando sulla tradizionale dicotomia *quaestio facti/ quaestio iuris*, bensì sulla distinzione tra “*questione regolata da norme di diritto*” e “*questione non regolata da norma di diritto*”^[15] e l'uso delle presunzioni semplici, come sopra abbiamo visto, è certamente regolato dal diritto.

[15] In tal senso L. Lombardo, *La logica del giudice e il controllo di legittimità nel giudizio civile*, in www.cortedicassazione.it, pag. 19 e più ampiamente nell'*op. ult. cit.*

CANCELLAZIONE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE

La cancellazione della società dal registro delle imprese e gli effetti sui procedimenti pendenti

di Beatrice Irene Tonelli

DEL 21 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Inquadramento storico normativo
2. Gli interventi delle Sezioni Unite
3. Le conseguenze della estinzione della società nei giudizi civili pendenti
4. Conclusioni

1. Inquadramento storico normativo

Il tema della estinzione delle società ha sempre rappresentato una questione controversa sia sotto il profilo della identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, ovvero dei fatti che determinano, come effetto, l'estinzione del soggetto giuridico, sia sotto il profilo della disciplina delle situazioni giuridiche soggettive che non si siano esaurite, o che sopravvengano, dopo la chiusura della fase di liquidazione.

Introducendo l'attuale sistema della pubblicità commerciale, il codice civile del 1942 aveva individuato il momento estintivo delle società di capitali nella cancellazione dal registro delle imprese da effettuarsi, ai sensi degli art. [2312](#) e [2456](#) c.c., al termine delle operazioni di liquidazione. Di conseguenza i creditori rimasti insoddisfatti avrebbero potuto rivaleersi nei confronti dei soci, fino a concorrenza delle somme da questi rimosse, e nei confronti dei liquidatori se il mancato pagamento fosse dipeso da loro colpa^[1].

La giurisprudenza, tuttavia, considerando le ripercussioni negative sulla tutela dei creditori sociali che sarebbero potute derivare da cancellazioni disposte all'esito di liquidazioni *frettolose*, si era orientata nel ritenere che la cancellazione della società dal registro delle imprese avesse una efficacia meramente dichiarativa, e quindi al più potesse valere come presunzione relativa di estinzione della società, suscettibile di prova contraria consistente nella dimostrazione di sopravvivenze o sopravvenienze, sia attive che passive^[2].

In particolare per le società di persone, si osservava che, difettando l'efficacia costitutiva della iscrizione nel registro delle imprese, anche la comunicazione di avvenuta cancellazione potesse produrre solo un effetto meramente dichiarativo e che l'estinzione del soggetto giuridico potesse realizzarsi solo all'esito della definizione integrale di ogni rapporto pendente e riferibile alla società, ovvero solo all'esito della chiusura della liquidazione che si fosse dimostrata effettiva e completa.

Dal punto di vista processuale, quindi, secondo la giurisprudenza prevalente, il giudizio di cui fosse parte la società, ancorché cancellata dal registro delle imprese, restava pendente in capo ad essa e fino alla completa definizione di tutti i rapporti giuridici di cui fosse titolare dal lato attivo o passivo.

È chiaro che la finalità di tale orientamento *sostanzialistico* era quella di tutelare i creditori societari che altrimenti avrebbero potuto essere pregiudicati da liquidazioni e cancellazioni fraudolente o comunque all'esito di liquidazioni incomplete.

Collegando la estinzione della società alla effettiva chiusura di tutti i rapporti giuridici pendenti, i creditori sociali potevano continuare a proporre le proprie azioni contro un unico soggetto, la società appunto, anziché doverle esercitare contro la pluralità dei soci, e mantenevano il privilegio rispetto ai creditori particolari di questi ultimi. Ed inoltre, la società

[1] Cfr. Relazione del Guardasigilli al Re, n. 997.

[2] Cfr. Verbano M. "Estinzione di società" in Leggi d'Italia 2015 e giurisprudenza e dottrina ivi richiamata nonché note comparative.

rimaneva assoggettabile a fallimento anche dopo il termine annuale dalla cancellazione.

D'altro canto, questa soluzione comportava che la società potesse sopravvivere *sine die* anche contro la volontà di tutti i soci, e che la fase liquidatoria potesse essere protratta, o riaperta, in caso di sopravvenienze, anche a distanza di un significativo lasso di tempo dalla cessazione di ogni attività sociale. La dottrina riteneva, invece, che la cancellazione dal registro delle imprese avesse efficacia costitutiva, quantomeno per le società di capitali, e comportasse quindi l'estinzione della società pur in presenza di rapporti giuridici ancora pendenti, rispetto ai quali si sarebbe dato luogo ad un fenomeno di tipo successorio.

In questo dibattito, è intervenuta la Corte Costituzionale che, con sentenza del [21 agosto 2000 n. 319](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'[art. 10 L.F.](#) nella parte in cui non prevedeva che il termine di un anno per la dichiarazione di fallimento della società decorresse dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese. Tale indicazione è stata di lì a poco recepita dal legislatore nel [D.Lgs. 17.01.2003 n. 6](#) per la materia societaria e nei [D.Lgs. 09.01.2006 n. 5](#) e [D.Lgs. 12.09.2007 n. 169](#) in materia fallimentare.

Ed infatti, a seguito della entrata in vigore della riforma di diritto societario (1 gennaio 2004), l'[art. 2456 c.c.](#), che disciplinava gli effetti della cancellazione per la società di capitali, è stato sostituito dall'[art. 2495 c.c.](#) il quale conferisce espressamente efficacia costitutiva a tale atto, sicché la cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione immediata della società di capitali.

Se la novella legislativa, in merito alle società di capitali, era chiara nel superare la dicotomia tra liquidazione formale e liquidazione sostanziale, nessuna modifica era invece stata introdotta alla disciplina dettata per le società di persone dall'[art. 2312 c.c.](#), il che aveva comportato l'inevitabile emersione di due orientamenti giurisprudenziali e dottrinali contrastanti, il primo che riteneva estensibile la disciplina prevista per le società di capitali anche a quelle di persone e il secondo che lo negava.

Si era inoltre creato un ulteriore contrasto sulla disciplina applicabile alla fattispecie in cui la cancellazione della società di persone fosse stata iscritta al registro delle imprese prima della entrata in vigore della riforma stessa.

2. Gli interventi delle Sezioni Unite

Il contrasto giurisprudenziale è stato composto dalle tre sentenze delle Sezioni Unite del 22 febbraio 2010 n. [4060](#), [4061](#) e [4062](#) che, condividendo il primo degli orientamenti sopra richiamati, hanno stabilito che la cancellazione dal registro delle imprese determina l'immediata estinzione anche delle società di persone^[3] e, ove avvenuta prima della entrata in vigore della riforma del diritto societario, ha efficacia dal 1 gennaio 2004^[4].

Con successive pronunce del 2013, n. [6070](#), [6071](#) e [6072](#), le Sezioni Unite hanno tuttavia precisato che la pubblicità della cancellazione, nel caso di società di persone, ha valore meramente presuntivo della estinzione del soggetto giuridico, superabile con prova contraria, cioè con la dimostrazione di un fatto dinamico, ovvero che la società ha continuato ad operare, mentre non sarebbe sufficiente un fatto statico, ovvero la mera sopravvivenza o sopravvenienza di rapporti non definiti. In sostanza, perché la società si estingua non è sufficiente la temporanea inattività, o la mera inoperatività (che potrebbe persino essere connaturata alla fattispecie concreta, come nel caso delle c.d. società di comodo) ma è necessario riscontrare la definitiva interruzione di ogni operazione diretta al conseguimento dell'oggetto sociale^[5].

La cancellazione della società dal registro delle imprese è, peraltro, suscettibile a sua volta di cancellazione qualora risulti che la annotazione della formalità estintiva sia avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge. L'[art. 2191 c.c.](#) prevede, infatti, che il giudice del registro delle imprese possa disporre, d'ufficio o su istanza del liquidatore, o del socio, la cancellazione dell'iscrizione della formalità estintiva, come nel caso in cui emerga che la liquidazione non era terminata essendovi ancora un patrimonio sociale da liquidare^[6].

[3] Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, l'estensione della disciplina espressamente prevista per le società di capitali si fonda sulla esigenza, di rilievo costituzionale, di evitare ingiustificate discriminazioni tra creditori degli uni e degli altri tipi sociali, anche alla luce del nuovo [art. 10 L.F.](#) che, nell'individuare il *dies a quo* di decorrenza del termine annuale di fallibilità dalla cancellazione dal registro delle imprese, non distingue tra società di persone e di capitali. Del resto, se la cancellazione estingue la personalità giuridica delle società di capitali, a maggior ragione dovrebbe avere l'effetto di estinguere la mera soggettività giuridica propria delle società di persone.

[4] Iaccarino *Interpretazione della valenza innovativa dell'art. 2495 c.c. ad opera della Cassazione dal 2008 al 2013* in Notariato 2013, Fimmanò *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali* Giuffrè 2011 e giurisprudenza e dottrina ivi richiamate, Verbano *Estinzione* cit.

[5] Verbano *Estinzione* cit. cui si rinvia per l'approfondita disamina della casistica di mancata approvazione del bilancio finale di liquidazione per le società di persone nel caso in cui i soci volontariamente scelgano di non aprire la fase liquidatoria.

[6] Cfr. Tr. Milano 26.03.2010; Spolidoro *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese e il problema delle soprav-*

3. Le conseguenze della estinzione della società nei giudizi civili pendenti

Dal punto di vista processuale, le principali questioni che si pongono nel caso di cancellazione della società dal registro delle imprese, in pendenza di giudizio, riguardano la necessità o meno che il processo si interrompa, l'individuazione dei soggetti legittimati a continuarlo o proseguirlo, anche in sede di impugnazione, e la validità della procura alle liti già conferita dagli organi rappresentativi della società.

È pacifico che una domanda giudiziale promossa contro la società già cancellata sarebbe inammissibile. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, l'estinzione della società che avvenga quando il giudizio sia già stato incardinato, determina, ex [art. 299 c.p.c.](#), un fatto interruttivo del processo e produce un fenomeno successorio universale, ancorché *sui generis*, riconducibile all'applicazione dell'[art. 110 c.p.c.](#) con la conseguenza che la riassunzione o prosecuzione del giudizio dovrà avvenire da parte, o nei confronti, degli ex soci.

Si ritiene, infatti, che il giudizio non possa proseguire nei confronti del soggetto estinto, né nei confronti dei liquidatori che, automaticamente, cessano dalla carica proprio per effetto della estinzione della società, e pertanto il creditore sociale deve riassumere il giudizio nei confronti dei singoli soci che mantengono, o acquistano, la titolarità dei debiti sociali nei limiti della responsabilità che essi avevano originariamente assunto in base al tipo societario prescelto.

Al riguardo, l'[art. 2495 comma 2 c.c.](#) dispone che, entro un anno dalla cancellazione, i creditori sociali insoddisfatti in sede di liquidazione possano notificare le proprie domande contro i soci presso l'ultima sede della società. Tale previsione è chiaramente ispirata all'[art. 303 comma 2 c.p.c.](#) che consente di notificare l'atto di riassunzione agli eredi all'ultimo domicilio del defunto entro un anno dalla morte della parte. Vi è tuttavia una significativa differenza tra le due disposizioni perché questa facoltizza la notifica dell'atto "a tutti gli eredi impersonalmente", mentre l'altra non contie-

ne analogo previsione e si deve quindi ritenere che la notifica vada eseguita ai singoli soci come risultanti dal registro delle imprese[7].

Se l'individuazione e la notificazione ai singoli soci potrebbe non essere particolarmente gravosa per il creditore nel caso delle società di persone, che di norma sono costituite da compagini numericamente ridotte[8], qualche difficoltà operativa potrebbe porsi per le società di capitali.

Ed ancora, se l'estinzione avviene dopo la emanazione di un titolo esecutivo contro la società, questo potrà essere azionato nei confronti dei soci-successori ([art. 477 c.p.c.](#))[9] ai quali dovrà essere notificato personalmente ([art. 479 c.p.c.](#)); specularmente, il titolo esecutivo a favore della società potrà essere azionato dai soci.

Recentemente la Suprema Corte ha stabilito che se l'estinzione della società si verifica in pendenza di un giudizio revocatorio promosso dal creditore, questi avrà diritto ad integrare il contraddittorio nei confronti dei ex soci che succedono alla società per i rapporti ancora pendenti.

Il creditore, infatti, può conseguire un titolo esecutivo, per un credito insorto *pendente societate*, anche dopo la sua estinzione, dovendosi intendere legittimati passivi alla corrispondente domanda i singoli soci i quali succedono alla società nei medesimi rapporti, così da rispondere delle sue obbligazioni, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti nel corso della sua attività, e quindi nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente[10].

Non è infrequente che la società venga estinta, pur in pendenza di un giudizio di cognizione avente ad oggetto il riconoscimento di un credito societario, ma nessuna disposizione di legge disciplina *esplicitamente* la sorte dei crediti della società cancellata.

Anche in questo caso, in linea di principio, troverà applicazione l'[art. 110 c.p.c.](#) e il diritto di azione spetterà agli ex soci in qualità di nuovi titolari della pretesa creditoria.

Le Sezioni Unite del 2013 hanno, tuttavia, precisato che la

venienze attive in *Riv. Soc.* 2007, 4, 824 nt 1. Si tratta comunque di un rimedio non azionabile dai creditori sociali e che può avere ad oggetto solo l'accertamento della mancanza di requisiti formali, ovvero di quegli elementi che il conservatore del registro delle imprese può valutare nel momento in cui viene presentata la domanda di cancellazione.

[7] Nella pratica, peraltro, non sempre i dati riportati nel Registro delle Imprese si dimostrano aggiornati e attendibili, specie per le società in via di dissoluzione e quindi il creditore insoddisfatto o la controparte processuale potrebbe incontrare maggiori difficoltà pratiche nella individuazione dei legittimi contraddittori dopo l'estinzione della società.

[8] Secondo l'*id quod preluque accidit*, il creditore che agisce contro la società di persone per l'accertamento del proprio diritto evoca in giudizio tanto la società quanto i soci illimitatamente responsabili, poiché il limite del beneficio di preventiva escussione opera in fase esecutiva e non di cognizione, e quindi i legittimati passivi per la riassunzione potrebbero già essere parti del giudizio.

[9] Cass. Civ. sez. III, [8 agosto 2013, n. 18923](#), in *Giur. it.*, 2013, 2265

[10] Cass. Civ. sez. III, [21 maggio 2019 n. 13593](#).

scelta dei soci di procedere alla cancellazione della società può valere come tacita rinuncia alle mere pretese, ovvero a quelle situazioni soggettive che al momento della estinzione della società non sia definite, ancorché azionate o azionabili in giudizio, il cui ammontare non sia determinato o determinabile, o i cui fatti costitutivi siano contestati dalla controparte. In altri termini, in tutti i casi in cui le circostanze della fattispecie concreta non consentirebbero di individuare nel patrimonio sociale un diritto o un bene definito, tale da essere inserito nel bilancio finale di liquidazione, la cancellazione volontaria equivarrebbe a rinuncia.

La presunzione di rinuncia, tuttavia, non può applicarsi alle pretese ignote al momento della cancellazione, né a quelle che, essendo note ancorché controverse, siano state oggetto di esplicita comunicazione alle controparti riguardo al fatto che la società, pur avviandosi a concludere la fase liquidatoria, non intende rinunciare alle pretese pendenti[11].

In queste ipotesi, i diritti non estinti con l'estinzione della società si trasferiscono ai soci in contitolarità o in comunione indivisa tra gli stessi.

Inquadrate il fenomeno della estinzione della società in pendenza del processo come evento interruttivo ex [art. 299 c.p.c.](#), si pone il problema di stabilire cosa accada nel caso in cui il procuratore costituito della società non dichiari nei modi di legge l'avvenuta estinzione dell'ente.

Con la sentenza del [4 luglio 2014 n. 15295](#), le Sezioni Unite hanno chiarito che, in ragione della regola dell'ultrattività del mandato alla lite, quando l'evento interruttivo non sia dichiarato, è ammissibile la notifica del ricorso per cassazione presso il procuratore costituito per il precedente grado di giudizio (anche se la parte notificante avesse avuto da altra fonte notizia dell'evento interruttivo), così come la notificazione della sentenza fatta al procuratore costituito, a norma dell'[art. 285](#)

[c.p.c.](#), è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione nei confronti della parte estinta. Ed ancora, il procuratore costituito, qualora gli fosse originariamente conferita procura alle liti valida anche per gli ulteriori gradi del processo, è legittimato a proporre impugnazione (ad eccezione del ricorso per cassazione, per la proposizione del quale è richiesta la procura speciale) in rappresentanza della parte che, pur estinta, va considerata nell'ambito del processo ancora in vita e capace. In verità, la decisione citata era stata resa in un caso di morte della parte persona fisica, e quindi è giustificato il dubbio sulla estensibilità di tali principi al caso della estinzione dell'ente collettivo, che gode di un regime di pubblicità tale da rendere conoscibile (ed opponibile) il fatto. Ed in questi termini, infatti, si era già espressa la Suprema Corte nelle sentenze a Sezioni Unite del 2013, stabilendo che *"l'impugnazione della sentenza pronunciata nei riguardi della società deve provenire o essere indirizzata, a pena d'inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci succeduti alla società estinta"*. A conferma di ciò, le pronunce più recenti si sono espresse nel senso di ritenere che, pur in assenza di dichiarazione di estinzione della società in corso di causa, l'appello successivo al verificarsi della cancellazione deve provenire (o essere indirizzato) dai soci (o nei confronti dei soci) succeduti alla società estinta, a pena di inammissibilità[12].

È stato inoltre affrontato il caso della responsabilità, ai fini delle spese legali, del rappresentante legale della società che abbia proseguito il giudizio di merito pur dopo l'estinzione dell'ente, non dichiarata. All'indomani della pronuncia a Sezioni Unite del 2010, la Suprema Corte[13] manifestò un orientamento negativo, proprio in ragione del fatto che, secondo la precedente e consolidata interpretazione, si riteneva che, per i rapporti non definiti, la legittimazione sostanziale e processuale degli organi di rappresentanza della so-

[11] La dottrina ha variamente criticato la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite sulle sopravvivenze e sopravvenienze attive e, in mancanza di una specifica disciplina normativa, alcuni hanno postulato una reviviscenza o persistenza della compagine sociale (D'Alessandro *Cancellazione della società e sopravvenienze attive: opportunità e legittimità della riapertura della liquidazione* in *Società* 2008, 7, 893), o un fenomeno successorio a titolo particolare nel diritto controverso ex [art. 111 c.p.c.](#), configurando la nascita di una comunione tra gli ex soci sui beni sopravvenuti alla cancellazione (Niccolini [Art. 2495 c.c.](#) in *Commentario* a cura di Niccolini Stagno d'Alcontres Napoli 2004 1836; Fimmanò *Cancellazione ed estinzione delle società di persone* in *Notariato* 2013 3 279). Una terza soluzione proposta, rimasta isolata, è l'applicazione analogicamente dell'istituto della eredità giacente, prevedendo quindi che il tribunale nomini un curatore speciale, su istanza degli interessati o anche d'ufficio, a cui attribuire non la titolarità del diritto ma la titolarità della legittimazione processuale attiva o passiva per l'accertamento e la riscossione del credito sopravvenuto dopo la estinzione della società, soddisfacendo così sia la disposizione normativa che è di prevedere la estinzione definitiva della società con la cancellazione dal registro delle imprese sia di soddisfare il credito dei soci alla ripartizione del residuo patrimonio sociale. (Salafia *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro delle Imprese* in *Società* 2008, 8, 931). Questa ultima soluzione tuttavia comporterebbe, dal punto di vista pratico, una maggiore farraginosità della procedura, un allungamento dei tempi e un aumento dei costi quantomeno per il compenso del curatore, senza consentire di avere vantaggi maggiori rispetto alla più lineare opzione di applicare direttamente l'[art. 110 c.p.c.](#)

[12] Corte Cass. Sez. I, sent. [19.12.2016 n. 26196](#) e ordinanza [09.10.2018, n. 24853](#).

[13] Cass. Civ. sez. I, [8 ottobre 2010 n. 20878](#).

cietà non cessasse nonostante la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese[14].

Più recentemente, invece, la Suprema Corte è tornata sul punto affermando che nell'ipotesi di proposizione di ricorso per cassazione da parte dell'ex rappresentante della società cancellata dal registro delle imprese, la sua inammissibilità – derivante dalla non operatività di alcun mandato per la peculiarità del giudizio di legittimità e comunque per la necessità che quello sia conferito da un soggetto esistente e capace di stare in giudizio – comporta che sia condannato alle spese in proprio il soggetto che, spendendo la giuridicamente impossibile qualità di legale rappresentante del soggetto non più esistente, ha conferito il mandato, ove l'avvocato si sia limitato ad autenticare la relativa sottoscrizione[15].

4. Conclusioni

La soluzione offerta dalle pronunce a Sezioni Unite ha l'indubbio merito di offrire una indicazione applicativa di immediata fruibilità, e nondimeno non è andata esente da critiche, in particolare per il caso in cui il socio (di società di capitali o socio accomandante), chiamato a rispondere dei debiti sociali solo nei limiti di quanto abbia ricevuto all'esito della liquidazione, non abbia ricevuto alcunché in sede di riparto. In tal caso, la soluzione indicata dalla Suprema Corte è che tale soggetto sia legittimato passivo alla riassunzione del giudizio da parte del creditore sociale, per soddisfare l'esigenza di individuare il legittimo contraddittore sul piano processuale, pur non essendo l'ex socio effettivamente successore *a titolo universale* della società, poiché da essa nulla ha ricevuto e in concreto a nulla potrà essere condannato.

La stessa Suprema Corte riconosce espressamente che non si tratta di fenomeno di successione universale in senso proprio, pur riconducendolo all'ambito di applicazione dell'[art. 110 c.p.c.](#) e ritiene che, in queste ipotesi, la questione vada risolta in termini di difetto di interesse ad agire (*rectius*: proseguire) del creditore-attore nei confronti degli ex soci che non fossero illimitatamente responsabili e non hanno percepito nulla in sede di liquidazione.

E più in generale, parte della dottrina dubita che la deliberata scelta dei soci di cancellare la società possa essere assimilata ai fenomeni *involontari* che determinano l'interruzione del processo, ex [art. 299 c.p.c.](#) ovvero la morte o la perdita della capacità della parte, e predilige quindi la ricostruzione del fenomeno in termini di successione a titolo particolare con applicazione dell'[art. 111 c.p.c.](#)[16].

Il quadro normativo è ulteriormente complicato dal fatto che sono previste almeno due ipotesi in cui, con una *fiction iuris*, la società estinta si considera ancora esistente, e si tratta del caso previsto dall'[art. 10 l. fall.](#), per il quale la società può essere dichiarata fallita entro un anno dalla sua cancellazione[17], e del caso previsto dall'[art. 28 d.lgs. 175/2014](#), per il quale l'Amministrazione finanziaria (e gli altri soggetti titolari del potere impositivo) possono notificare validamente atti attinenti a tributi e contributi alla società entro cinque anni dalla avvenuta cancellazione[18]. Sono casi che si pongono in aperto contrasto con la interpretazione della Suprema Corte della l'estensione *tout court* dell'[art. 110 c.p.c.](#) al caso della cancellazione della società dal registro delle imprese, che potrà quindi essere oggetto di ulteriori approfondimenti e possibili *revirement* per superare le criticità sopra evidenziate.

[14] Ferrari *Gli effetti della cancellazione della società di persone dal Registro delle Imprese*, 14.12.2010 in Leggi D'Italia Legale.

[15] Corte di Cass. Sez. VI, ordinanza [22.05.2018 n. 12603](#)

[16] Dalfino *L'estinzione della società a seguito di cancellazione non è sempre "a tutti gli effetti"* in [www.cortedicassazione.it](#)

[17] Seguendo un indirizzo dissonante rispetto a quanto affermato per le ordinarie liti civili, la Suprema Corte afferma che in questo caso il ricorso per la dichiarazione di fallimento non deve essere notificato agli ex soci, bensì al liquidatore entro l'anno dalla iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese (Cass. Civ., sez. I, [11 luglio 2013, n. 17208](#), in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Fallimento*, n. 192), presso l'ultima sede legale della società, e che è il liquidatore della società cancellata legittimato a proporre reclamo avverso la sentenza di fallimento (Cass. Civ., sez. I, [5 novembre 2010, n. 22547](#), in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Fallimento*, n. 592).

[18] Dalfino *L'estinzione della società a seguito di cancellazione non è sempre "a tutti gli effetti"* in [www.cortedicassazione.it](#)

GIUDICATO IMPLICITO

Il giudicato implicito sulla qualificazione giuridica della domanda e la legittimazione ad agire dei fratelli postumi per il risarcimento del danno causato da colpa medica al fratello nato invalido (Nota a Cass. civ. Sez. III, 12 aprile 2018 n. 9048)

di Martina Mazzei

DEL 22 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Il caso
2. I motivi di ricorso
 - 2.1 I limiti alla formazione del giudicato implicito sulla qualificazione giuridica della domanda
 - 2.2 Per i fratelli nati successivamente non è configurabile alcun danno

1. Il caso

Cassazione civile, Sez. III, 12 aprile 2018 n. 9048

I genitori di un bambino nato con un grave ritardo neuromotorio, causato dalla colpevole condotta dei sanitari – che non avevano eseguito prontamente il parto cesareo nonostante l'evidente quadro sintomatico di sofferenza fetale – agivano in giudizio, sia in proprio che quali rappresentanti *ex lege* dei loro figli, nei confronti dell'Università che gestiva il policlinico universitario per ottenere il risarcimento del danno patito da loro stessi, dal neonato e dai fratelli nati successivamente. Il Tribunale accoglieva la domanda attorea mentre la Corte d'appello, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, rideterminava, in misura più cospicua, il danno patrimoniale e non patrimoniale patito dal neonato e dai suoi genitori mentre escludeva il risarcimento nei confronti dei fratelli postumi in quanto, essendo nati dopo, non poteva dirsi sussistente un valido nesso causale tra l'errore dei sanitari e il danno da essi lamentato.

La sentenza d'appello veniva, quindi, impugnata dai fratelli postumi per mezzo dei loro genitori.

2. I motivi di ricorso

Con il primo motivo di ricorso i fratelli, ex [art. 360 n. 3 c.p.c.](#), censuravano la sentenza d'appello per la violazione degli artt. [1218](#), [1223](#), [1225](#), [2043](#), [2056](#), [2059](#), [2909](#) c.c., [324](#), [346](#) c.p.c. e [185](#) c.p.

In particolare i ricorrenti sostenevano che:

- il giudice d'appello aveva rigettato la domanda proposta dai fratelli sul presupposto che mancasse il nesso di causalità giuridica;
- parlando di causalità giuridica la Corte d'appello aveva implicitamente fatto riferimento alla previsione di cui all'[articolo 1225 c.c.](#);
- il giudice di primo grado aveva qualificato la domanda attorea proposta dai fratelli della vittima come “azione contrattuale e cumulativa extracontrattuale”;
- tale qualificazione non era stata impugnata dall'Università, con la conseguenza che su essa si era formato il giudicato;
- e, dunque, il giudicato formatosi sulla qualificazione extracontrattuale della domanda impediva l'applicabilità dell'[art. 1225 c.c.](#)

Con il secondo motivo, invece, i ricorrenti denunciavano la sentenza d'appello in quanto affetta dal vizio di violazione di legge, ai sensi dell'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3, per la violazione degli artt. [1223](#), [2043](#), [2056](#), [2059](#), [2697](#), [2727](#) e [2729](#) c.c.; [art. 115 c.p.c.](#); artt. [40](#) e [41](#) c.p., artt. [2](#), [3](#) e [29](#) Cost.

Deducevano, al riguardo, che – anche a prescindere dall'applicabilità dell'[art. 1225 c.c.](#) – la Corte d'appello avrebbe, comunque, violato le regole che disciplinano il rapporto di causalità materiale tra illecito e danno.

Assumevano, infatti, che, nel caso di specie, si sarebbe do-

vuto ritenere conforme a normalità che i fratelli di persona nata con gravi malformazioni soffrano per le condizioni del proprio familiare e, di conseguenza, si sarebbe dovuta affermare – invece che negare – l'esistenza di un valido nesso di causa tra l'errore dei sanitari e il danno non patrimoniale patito dai ricorrenti.

Anch'essi, infatti, hanno diritto a vivere in una famiglia serena e tale diritto era stato leso dall'errore commesso dai sanitari, i quali – provocando le lesioni al loro fratello prenatalmente – fecero sì che essi, alla loro nascita, vennero a trovarsi in una “una drammatica situazione familiare”.

2.1 I limiti alla formazione del giudicato implicito sulla qualificazione giuridica della domanda

Con il primo motivo di ricorso i ricorrenti, in sostanza, lamentano la formazione del giudicato sulla qualificazione giuridica della loro domanda, c.d. giudicato implicito^[1], per trarne la conseguenza che, definitivamente qualificata la loro azione come extracontrattuale, essi avrebbero diritto al risarcimento anche dei danni imprevedibili, dal momento che l'irrisarcibilità di questi ultimi è prevista dall'[art. 1225 c.c.](#) solo per le ipotesi di inadempimento contrattuale.

Secondo la Corte questa conclusione si scontra con la circostanza che l'appello proposto dall'Università, col quale si contestava l'esistenza e la risarcibilità del danno patito da fratelli postumi della vittima primaria, aveva impedito la formazione di qualsiasi giudicato tanto sull'esistenza del danno quanto sulla sua derivazione causale dall'illecito e sulla sua risarcibilità.

Infatti, la Terza Sezione, nella sentenza in epigrafe, ricorda che “è vero che il giudicato possa formarsi anche sulla qualificazione giuridica della domanda adottata dal primo giudice^[2] ma è pur vero che questa regola ha un limite: nessun giudicato può formarsi sulla qualificazione giuridica data dal primo giudice alla domanda, quando l'appellante, pur non contestando formalmente quella qualificazione, col suo gravame sottoponga comunque al giudice d'appello una questione tale che, per essere accolta, presuppone una qualificazione giuridica della domanda diversa da quella adottata dal primo giudice”.

Questo principio, applicato alla materia del risarcimento del danno, comporta che quando la pronuncia sull'esistenza e

sulla risarcibilità del danno civile dipenda dalla qualificazione della domanda, l'appello con cui si deduca l'inesistenza del danno rimette necessariamente in discussione anche la suddetta qualificazione, ed impedisce la formazione del giudicato.

Nel caso in esame, pertanto, una volta accolta dal Tribunale la domanda di risarcimento del danno proposta dai genitori del neonato ed, una volta proposta impugnazione avverso il capo di sentenza che ha ritenuto esistente quel danno, il giudice d'appello, per ciò solo, venne investito del potere di riqualificare *ex officio* la domanda di risarcimento.

Questi principi sono da anni pacifici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, a partire dalla nota sentenza [n. 2734 del 25 giugno 1977](#) (in seguito sempre conforme), si stabilì che “quando la qualificazione giuridica dei fatti costituisce esclusivamente una premessa logica della decisione di merito e non una questione formante oggetto di una specifica ed autonoma controversia, l'oggetto della pronuncia del giudice è costituito esclusivamente dall'attribuzione (...) del bene della vita conteso, onde il giudicato si forma sull'accoglimento o sul rigetto della domanda e soltanto in via indiretta e mediata sulle premesse meramente logiche della decisione; con la conseguenza che, se viene impugnata la pronuncia sul merito, il giudice dell'impugnazione non è in alcun modo vincolato ai criteri seguiti dal primo giudice per procedere alla qualificazione giuridica dei fatti”.

2.2 Per i fratelli nati successivamente non è configurabile alcun danno

La Suprema Corte, inoltre, è stata chiamata a pronunciarsi anche sul risarcimento del danno non patrimoniale spettante ai fratelli nati in epoca successiva al fratello nato invalido a causa di colpa medica, identificata nella condotta dei sanitari che ritardavano a eseguire un parto cesareo ed erravano nella somministrazione farmacologica, sì da determinare iposia celebrale *intra partum*, causa di un grave ritardo neuromotorio del neonato.

La Corte, con la sentenza in commento, premette che è irrilevante – nel giudizio *de quo* – stabilire se il pregiudizio del quale i ricorrenti chiedono il ristoro debba essere disciplinato dalle regole sulla causalità materiale (dettate dagli artt. [40](#) e [41 c.p.](#)) ovvero da quelle sulla causalità giuridica ([art. 1225](#)

[1] Sull'argomento Cfr. MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, vol I, Torino, 2015, p. 112 nota 43; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1992, pag. 298; MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, pag. 255 ss; A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. It.* 2001, pag. 1292; POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, spec. 153 ss; RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, pag. 110 ss.

[2] Cfr. Cass. civ. sez. II [17 aprile 2019 n. 10745](#); Cass. civ. sez. II [1° agosto 2013 n. 18427](#); Cass. civ. sez. III [7 novembre 2005 n. 21490](#).

c.c.), perchè tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, le suddette regole impediscono di ravvisare un valido nesso di causa tra la condotta del sanitario che ha provocato lesioni ad un neonato e il disagio dei fratelli postumi.

In primo luogo, infatti, tra quella condotta e quel danno lamentato non v'è alcun nesso di causalità materiale.

Il concepimento e la nascita d'un essere umano, infatti, sono conseguenze di atti umani coscienti e volontari e, qualsiasi atto umano cosciente e volontario, in quanto libero nel fine e non necessitato, interrompe qualsiasi nesso di causa.

Ne consegue che la scelta dei genitori dei ricorrenti di generare dei figli non può dirsi "conseguenza" dell'errore commesso dai sanitari. E se quella scelta non fu conseguenza dell'errore medico, nemmeno potrà esserlo il disagio e gli altri pregiudizi lamentati dai fratelli venuti al mondo per effetto di quella scelta.

In secondo luogo tra la condotta dei sanitari e il danno lamentato dagli odierni ricorrenti non può sussistere nemmeno un rapporto di causalità c.d. giuridica.

Le Sezioni Unite della Corte^[3], infatti, chiamate a comporre i contrasti circa l'interpretazione dell'art. 1223 c.c., e sul modo di intendere il concetto di "danni immediati e diretti", hanno stabilito che:

1. i danni "mediati e indiretti", che l'art. 1223 c.c. esclude dal novero della risarcibilità, non vanno confusi coi danni c.d. «di rimbalzo o di riflesso», i quali pure possono essere considerati conseguenza immediata e diretta dell'illecito;

2. danni "da rimbalzo" sono quelli che: costituiscono una "conseguenza indefettibile" dell'illecito; ovvero attingono in modo immediato persone diverse dalla vittima primaria dall'illecito; ovvero attingono persone collegate da un "legame significativo" già esistente con il soggetto danneggiato in via primaria

Nel caso in esame nessuno dei requisiti indicati *sub* (b) sussiste. Non il primo perchè la nascita degli odierni ricorrenti non può dirsi una "conseguenza indefettibile" dell'errore commesso dai medici; neppure il secondo, perchè manca l'immediatezza in quanto al momento del fatto illecito nessuno dei ricorrenti ancora esisteva ed, infine, neppure il terzo, perchè al momento della commissione dell'illecito non esisteva ancora alcun "legame significativo" tra la vittima primaria ed i suoi fratelli, suscettibile di essere attinto dall'illecito^[4]. Le doglianze dei ricorrenti, secondo la Corte, non sono, inoltre, accoglibili anche sul piano della logica formale.

Ammettere, infatti, che il fratello postumo d'un bimbo nato invalido per colpa medica possa domandare a quest'ultimo il risarcimento del danno consistito nel nascere in una famiglia non serena^[5], produrrebbe i seguenti effetti paradossali:

- in teoria, anche la madre potrebbe essere ritenuta responsabile del suddetto danno, per aver messo al mondo un secondo figlio, pur sapendo della preesistenza d'un fratello invalido;
- non solo nel caso di errore medico, ma dinanzi a qualsiasi fatto illecito lesivo dell'integrità psicofisica, tutti i pa-

[3] Cass. Sez. un. 1° luglio 2002 n. 9556 con nota di ORTOLANI A., *Il danno morale riflesso in caso di lesioni: una pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Giur. It.*, 2003, 7.

[4] Cfr. Cass., Sez. Un., 1° luglio 2002, n. 9556, *Foro it.*, 2002, I, 3060, con nota di A. PALMIERI e, in dottrina, R. RICCO, in *Responsabilità Civile*, trattato diretto da P. CENDON, Torino, 2017, I, 311; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Milano, 2010, 16 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 553 ss

[5] Tale inerte il dibattito sul «diritto a non nascere se non sano», su cui si sono pronunciate le Sezioni Unite: Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *Foro it.*, 2016, I, 494, con nota di C. BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*.

Prima dell'intervento del 2015 si erano, infatti, formati due orientamenti contrapposti.

Per la posizione sfavorevole al riconoscimento del danno da lesione del diritto a non nascere se non sani cfr. Cass. civ. sez. III. 29.7.2004, n. 14488 con nota di BITETTO A.L., *Il diritto a «nascere sani»*, in *Foro it.* anno 2004, parte I, col. 3329; Cass. civ. sez. III. 14.7.2006, n. 16123, con nota di LISERRE A., *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. Giur.* 2006, p. 1693; Cass. civ. sez. III. 11.5.2009, n. 10741 con nota di LISERRE A., *In tema di responsabilità del medico per il danno del nascituro*, in *Dir. fam.* 2009, 1159 ss.; di BITETTO A.L., *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del «bebè prejudice»*, in *Foro it.* anno 2010, parte I, col. 155; Cass. SS.UU. civ. 22.12.2015, n. 25767 con nota di BONA C., *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*, in *Foro it.* anno 2016, parte I, col. 506.

Per la posizione favorevole al riconoscimento del danno da lesione del diritto a non nascere se non sano come danno da limitazione della possibilità di esplicare la propria personalità a causa delle malformazioni cfr. Cass. civ. sez. III. 2.10.2012, n. 16754 con nota di OLIVA A.L. in *Foro it.* anno 2013, parte I, col. 204.

In dottrina, in generale, sul tema v. DI CIOMMO F., *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.* 2010, 144; GUARNIERI A., *Nascita di figlio malato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 849; FRANZONI M., *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, *RGi*, 2005, 486 ss; BATÀ A., *La tutela del concepito e il diritto a nascere sano*, in *Giur. it.* 1994, 550; PALMERINI E., *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, I, 198 ss.; PIRAINO F., *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 3, 450; FOGGLIA M., *Diritto a non nascere (se non sano)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ. appendice di aggiornamento, Torino, 2018; GALGANO F., *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. e impr.*, 2009, 537 ss.

renti postumi della vittima primaria potrebbero domandare un risarcimento al responsabile;

- non solo nel caso di danno non patrimoniale, ma anche per il danno patrimoniale, i nati postumi potrebbero domandare il risarcimento all'autore dell'illecito.

L'evidente insostenibilità di tali approdi ha portato la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione, in virtù della regola della *reductio ad absurdum*, ad affermare l'erroneità del presupposto su cui si fondano le doglianze attoree e cioè che persone non solo non nate, ma neanche concepite al momen-

to della commissione del fatto illecito, possano domandare al responsabile di questo un risarcimento.

Tali argomenti, in conclusione, non si pongono in contrasto con il precedente^[6] della Corte di Cassazione con il quale era stata ammessa la risarcibilità del danno patito dai fratelli di persona nata invalida in conseguenza d'un errore dei sanitari in quanto in quel caso, il risarcimento venne chiesto dai fratelli prenatali rispetto alla vittima primaria, e ciò, a maggior ragione, rende inapplicabili al giudizio *de quo* i principi affermati in detta sentenza.

[6] Cass. civ. sez. III [2 ottobre 2012 n. 16754](#).

PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Ammissibilità delle procedure di composizione della crisi da sovra indebitamento di cui alla legge n. 3/2012 da parte dei soci illimitatamente responsabili di società di persone (Nota al Tribunale di Rimini, Sezione Civile, decreto del 27.06.2019)

di Stefano Barbiani

DEL 23 OTTOBRE 2019

Tribunale di Rimini, Sezione Civile, decreto del 27.06.2019, Presidente Relatore Dott.ssa Francesca Miconi

Il Tribunale di Rimini è tornato di recente ad occuparsi nuovamente dei requisiti soggettivi di ammissibilità alle procedure di composizione della crisi da sovra indebitamento disciplinate dalla [legge n. 3/2012](#) e lo ha fatto a distanza di poco più di un anno da quando il collegio riminese, con una pronuncia del marzo 2018, all'epoca sostanzialmente inedita, si esprimeva favorevolmente per l'accesso a tali procedure da parte del socio di società in nome collettivo.

La questione giuridica ancora sul tavolo degli operatori del diritto perché particolarmente dibattuta tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si appunta sulla corretta interpretazione dell'[art. 7, comma 2, della Legge n. 3/2012](#) a mente del quale « *la proposta non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore, è soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate nel presente capo* ».

Più, nello specifico, è l'interpretazione dell'inciso “è soggetto” a prestare il fianco a due possibili soluzioni a seconda che si prediliga un'attività ermeneutica che si focalizzi sulla qualifica soggettiva esistente al momento della presentazione della domanda da parte del ricorrente, ovvero che rimandi ad uno stato soggettivo del debitore, anche futuro, rispetto al tempo della proposizione del ricorso.

Non è, infatti, per caso che l'orientamento per così dire più possibilista ritenga precluso l'accesso alle procedure di cui alla [Legge n. 3/2012](#) solo alle società di persone e non anche al socio illimitatamente responsabile, ancorché assoggettabile a fallimento per estensione ex [art. 147 l.f.](#), mentre per l'o-

rientamento di segno opposto la mera riconducibilità del debitore sovra indebitato alla compagine societaria di una società di persone fallibile perché ultra soglia costituirebbe di per sé sola causa ostativa.

Secondo tale prospettiva il predicato “è soggetto” che ha una connotazione temporale necessariamente collegata all'attualità si trasforma nel predicato “è assoggettabile” che rimanda inevitabilmente a scenari mutevoli, anche futuri, purché possibili.

Peraltro, quest'ultima interpretazione della norma troverebbe conforto legislativo nell'[art. 12, comma 5, della medesima legge](#) la quale prevede espressamente l'ipotesi del consecutivo fallimento del debitore che abbia proposto un accordo di composizione della crisi omologato, con ciò riconoscendo anche al soggetto fallibile la fruibilità *ab origine* degli strumenti processuali di cui alla [Legge n. 3/2012](#) a prescindere dalle diverse situazioni che possano prospettarsi in futuro.

Ed invero, benché la disposizione sopra citata si riferisca espressamente alla risoluzione dell'accordo in caso di successivo fallimento, si ritiene che contrasterebbe con lo spirito della legge riservare al socio illimitatamente responsabile l'accesso alla sola procedura dell'accordo di composizione della crisi con esclusione delle altre due procedure di ristrutturazione dei debiti e di liquidazione del patrimonio.

Proprio la disattenzione del Legislatore rispetto alla mutevolezza delle situazioni cui possono trovarsi esposti i debitori ha rappresentato il principale vulnus della [Legge n. 3/2012](#) silente su di una molteplicità di problematiche a cominciare dal superamento della soglia da parte dell'imprenditore ori-

ginariamente non fallibile perché sotto soglia, per proseguire con le incertezze concernenti la dibattuta possibilità per i soci di società di persone già falliti ex [art. 147 l.f.](#) di accedere alle procedure per i loro debiti personali o quando il fallimento si chiuda per insufficienza dell'attivo.

Alla contrapposizione di interpretazioni lessicali si somma una diversa valutazione della *ratio legis* da parte dei commentatori divisi tra quanti ritengono che la [Legge n. 3/2012](#) abbia creato un circuito parallelo rispetto alle altre procedure concorsuali di cui alla Legge n. 267/1942 e successive modifiche accessibile esclusivamente ai consumatori e dagli imprenditori, tanto individuali che collettivi che non siano comunque fallibili, e coloro che, appellandosi al *favor debitoris*, aprono la strada della composizione della crisi da sovra indebitamento anche ai soci assoggettabili al fallimento in estensione, purché l'accordo interessi i creditori personali del socio il cui credito non derivi dall'esercizio dell'attività d'impresa.

Il varco, così circoscritto, tornerebbe a chiudersi nuovamente allorquando il socio sia già stato dichiarato fallito ex [art. 147 l.f.](#) ed il fallimento sia stato chiuso per insufficienza dell'attivo.

Alle considerazioni della dottrina contraria ad una operatività allargata degli istituti di cui alla [Legge n. 3/2012](#) si è aggiunto il timore espresso in talune pronunce giurisprudenziali che l'ammissibilità del socio fallibile ex [art. 147 l.f.](#) alla procedura di composizione della crisi da sovra indebitamento possa sottrarre alla garanzia dei creditori concorsuali il patrimonio del socio illimitatamente responsabile che, in caso di fallimento, diventa automaticamente una integrazione di quello sociale [1].

Non sono mancate voci dissonanti che in risposta alle preoccupazioni espresse dal Tribunale di Milano hanno, al contrario, rimarcato come l'assoggettabilità del patrimonio del socio alle procedure di cui alla [Legge n. 3/2012](#) ne garantirebbe la successiva acquisizione da parte del curatore, nell'ipotesi di fallimento in estensione; secondo questo capovolgimento di prospettiva il ceto creditorio della società fallita anziché essere defraudato di una quota del patrimonio sociale aggredibile riceverebbe una tutela rafforzata delle proprie posizioni creditorie proprio in ragione della conservazione dell'attivo avvenuta medio tempore nell'ambito della procedura da sovra indebitamento [2].

Si impongono, inoltre, ulteriori riflessioni posto che la diminuzione della consistenza patrimoniale potrebbe essersi pro-

dotta in conseguenza di altre circostanze, quali l'espropriazione individuale dei beni del socio ad opera dei suoi creditori anche poco prima del fallimento della società ovvero il compimento di atti dispositivi da parte del socio non suscettibili di una declaratoria di inefficacia per revocatoria. In tali situazioni il pregiudizio, peraltro non illegittimo, in danno dei creditori della società di produrrebbe allo stesso modo di quanto accadrebbe alla chiusura della procedura di composizione della crisi da sovra indebitamento.

Ebbene, in un panorama piuttosto variegato di posizioni sul tema, sebbene condensate in pronunce giurisprudenziali non ancora numerose, si differenzia, per il superamento di taluni presupposti che parevano acquisiti al dibattito, il provvedimento in commento.

Il decreto di omologa emesso dal Tribunale di Rimini, quantunque riferito ad un accordo di ristrutturazione dei debiti presentato da una società di persone ai sensi dell'[art. 182 bis l.f.](#), contiene nella sua parte motiva un inciso particolarmente interessante sulla ammissibilità degli accordi di composizione della crisi che siano contestualmente avanzati dai soci illimitatamente responsabili per consentire l'attuazione dell'accordo di cui all'[art. 182 bis l.f.](#)

Più nel dettaglio il collegio riminese prende atto del collegamento negoziale esistente tra le due procedure, già espressamente esplicitato nella relazione dell'attestatore, derivante dall'essere necessariamente condizionata l'adesione all'accordo di cui all'[art. 182 bis l.f.](#) all'omologazione degli accordi presentati dai soci, e le ritiene ammissibili entrambe, pur legando indissolubilmente le sorti, dell'una, al corretto adempimento degli accordi formalizzati dai soci, nell'altra e, viceversa. Alla mancanza di beni sociali con il cui provento soddisfare i creditori della società aderenti all'accordo si supplisce con le obbligazioni assunte dai soci illimitatamente responsabili nell'ambito degli accordi di composizione della crisi mentre il fabbisogno finanziario dell'accordo concernente i soli creditori estranei viene garantito dall'apporto di finanza esterna.

Il Tribunale rifacendosi, da un lato, alle conclusioni rassegnate dal professionista attestatore e recepita, dall'altro, la dichiarazione di collegamento negoziale tra le procedure formalizzata dai creditori aderenti all'accordo in sede di espressione del consenso, avalla l'intera operazione esprimendo una valutazione positiva circa l'attuabilità dell'accordo che provvede ad omologare.

Risulta di immediata comprensione la portata innovativa

[1] Vedi Tribunale di Milano, 18 agosto 2016 – Tribunale di Torino, 06 luglio 2018.

[2] Tribunale di Prato, 16 novembre 2016 – Tribunale di Torino, 9 novembre 2017 – Tribunale di Torino, 20 dicembre 2017 – Tribunale di Ivrea, 15 novembre 2018.

della decisione riminese che, da un lato, mitiga i timori e le perplessità circa una possibile sottrazione in danno di eventuali futuri creditori concorsuali dei beni appartenenti ai soci, rientranti per legge ad integrare il patrimonio sociale in caso di apertura di una procedura fallimentare ed, al contempo, anticipa gli effetti della disposizione di cui all'[art. 2, comma 1, lett. e\) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza](#) che entrerà in vigore il prossimo anno.

Quanto al primo profilo, è indubbio che la presentazione contestuale da parte della società debitrice e dei soci illimitatamente responsabili di accordi di soluzione della crisi collegati tra loro consente una gestione vigilata del superamento dello stato di indebitamento e con esso della liquidazione ovvero della conservazione del patrimonio sociale e di quello appartenente ai soci senza alcuna possibilità di pregiudizio per gli eventuali creditori del fallimento che venisse successivamente dichiarato.

Da ciò ne consegue, ed è questo l'aspetto più rilevante ai fini della presente trattazione, che nella prospettiva di una soluzione globale della crisi che investa a tutto tondo ogni singolo profilo debitorio riconducibile all'impresa ed alle pendenze contratte dai singoli soci, gli accordi proposti da questi ultimi abbracceranno tanto i debiti sociali che quelli contratti per esigenze e scelte personali non riconducibili all'attività di impresa.

Un punto d'arrivo inedito e con innegabili applicazioni pratiche di ampio respiro in quanto rivolte ad una cerchia di destinatari certamente più ampia di quella tracciata nella nuova definizione di consumatore di cui all'[art. 2, comma 1, lett. e\) del decreto legislativo 12.01.2019 n. 14](#) la quale se annovera nella categoria «la persona fisica che agisce per scopi

estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, anche se socia di una società di persone, specifica, tuttavia, in chiusura “*per i debiti estranei a quelli sociali*”.

Ed invero, la connotazione personale dell'indebitamento del socio introdotta dalla dottrina quale limite d'accesso alle procedure dell'insolvenza civile e fatta propria dalla giurisprudenza per colmare un silenzio legislativo alquanto problematico trova oggi espresso riconoscimento nella legge di cui è prossima l'entrata in vigore.

Pertanto, sebbene l'[art. 65, comma 4](#), del nuovo Codice dell'impresa titolato “Ambito di applicazione delle procedure di composizione della crisi da sovra indebitamento” contenga un'enunciazione generale di estensione degli effetti della procedura nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, ad un vaglio seppur sommario della disciplina, non si ritiene di poter individuare, contrariamente ad altri commentatori^[3] un appiglio normativo sicuro per consentire l'accesso per ripianare posizioni debitorie personali.

Seguendo il solco tracciato dall'esperienza riminese sarà allora decisivo, nelle contrastanti applicazioni della legge che inevitabilmente si registreranno, che la proposta di composizione della crisi avanzata dai soci illimitatamente responsabili sia contestuale e funzionale all'adempimento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti formalizzato dalla società debitrice ex [art. 182 bis 1.f.](#) quella stessa società che abbia eventualmente già avuto accesso ad un concordato preventivo c.d. prenotativo e che abbia successivamente optato per lo strumento processuale di cui all'[art. 182 bis 1.f.](#)

Lo scenario della crisi d'impresa muta di nuovo per lasciare spazio a nuove possibilità.

[3] C. Cracolici e A. Curletti, “Composizione della crisi anche per i soci illimitatamente responsabili”

ESECUZIONE FORZATA E UNIONE EUROPEA

L'esecuzione forzata nella prospettiva UE. Il caso Al Bosco: sovvertiti i principi alla base dello spazio giudiziario europeo?

di Caterina Silvestri

DEL 28 OTTOBRE 2019

Le tematiche concernenti l'esecuzione forzata dei provvedimenti giurisdizionali entro lo spazio giudiziario Ue sarà forse tema meno seducente rispetto alle questioni che scaturiscono intorno alla competenza giurisdizionale, ma è su tale versante che si misura l'effettivo funzionamento della normativa uniforme posta dai regolamenti di Bruxelles e dagli altri di analoga natura che nel tempo hanno arricchito il panorama.

Il principio cardine che disciplina la circolazione degli effetti dei provvedimenti giurisdizionali deriva oggi dal combinato disposto degli artt. 54 e 41 del regolamento n. 1215 del 2012, secondo il quale il provvedimento produce gli effetti che gli sono propri nello Stato d'origine ([art. 54](#)), mentre l'esecuzione è disciplinata dalla legge processuale dello Stato richiesto ([art. 41](#)).

Questo combinato perviene a un punto critico quando l'applicazione della *lex fori* processuale interrompe la "continuità degli effetti" del provvedimento e si sovrappone alla efficacia nativa del provvedimento, con ciò vanificando la posizione di sussidiarietà che gli attribuisce il sistema di Bruxelles^[1].

L'individuazione del punto di raccordo tra la disciplina dello Stato d'origine e quella dello Stato richiesto, è questione di non semplice soluzione, sulla quale la Corte di giustizia ha pronunciato nel caso Al Bosco, la sentenza [4 ottobre 2018, C-379/17](#).

Questi i fatti di causa. La Al Bosco, società di diritto italiano con sede a Gorizia, adisce il relativo tribunale (competente anche in punto di merito), che in data 19 novembre 2013 pronuncia il sequestro conservativo di un milione di euro a ga-

ranzia di un credito vantato verso il sig. Hober di nazionalità tedesca. In data 22 agosto 2014, la Al Bosco ottiene l'*exequatur* in Germania in virtù delle norme del regolamento n. 44 del 2001, applicabile *ratione temporis*, e in data 23 aprile 2015 chiede l'iscrizione ipotecaria sui beni immobili del debitore ubicati in Germania. L'istanza concernente questa iscrizione è respinta per l'avvenuto decorso del termine di un mese, decorrente dall'emanazione dell'ordinanza o dalla sua notifica, previsto dall'art. 932, par. 2 e 3, ZPO, secondo il quale la "intavolazione dell'ipoteca" costituisce esecuzione di sequestro su immobile. La Al Bosco impugna la decisione dinanzi al Tribunale superiore del Land (Monaco), rilevando che il provvedimento fosse ancora efficace secondo il diritto italiano, atteso che nel termine previsto dall'[art. 675, c.p.c.](#), di pari trenta giorni, erano stati eseguiti i pignoramenti, con ciò scongiurando l'inefficacia sancita da tale disposizione alla quale non avrebbe potuto sommarsi anche quella contemplata dall'art. 932 ZPO. L'impugnazione, tuttavia, è respinta sulla base del rilievo del decorso del termine di cui all'art. 932, par. 2, ZPO, ritenuto applicabile al provvedimento di sequestro conservativo italiano atteso che, lo stesso, una volta riconosciuto in Germania per mezzo dell'*exequatur* diviene equivalente al sequestro conservativo tedesco e soggetto agli stessi termini. È, inoltre, osservato che la disposizione in questione non riguarda la validità del titolo, ma la sua esecuzione, assoggettata alla *lex fori*. Proposta impugnazione anche avverso questa decisione da parte della società Al Bosco, il giudice propone ricorso per interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo, in sostanza, se l'[art. 38](#), regolamento n. 44 del 2001, debba essere interpretato come

[1] Salerno, *Il "sistema di Bruxelles I" verso un regime "monista" di libera circolazione delle decisioni*, cit., p. 11 ss., cui appartiene l'espressione virgolettata.

ostativo all'applicazione della normativa dello Stato d'esecuzione che stabilisca un termine per l'esecuzione di un'ordinanza di sequestro conservativo, quando il provvedimento richiesto di esecuzione sia già munito di esecutorietà.

Tra gli argomenti sviluppati dal giudice del rinvio v'è che l'istanza di iscrizione di ipoteca è considerata in Germania quale esecuzione del sequestro i cui requisiti sono esaminati dal servizio competente per la tenuta dei registri immobiliari. Le conclusioni dell'avv. gen. Szpunar^[2]. Sulla questione, l'avvocato generale ripropone le conclusioni da lui stesso formulate, e accolte dalla Corte, nel caso *Mahnkopf*^[3], che lo conducono, *mutatis mutandis*, a ritenere che l'art. 929, par. 2, ZPO, non possa essere qualificato come norma concernente l'esecuzione forzata, anche se tale natura è quella conferitagli dal diritto interno tedesco, al fine di salvaguardare "l'effetto utile" del sistema di Bruxelles^[4] e il criterio dell'estensione degli effetti elaborata dalla Corte di giustizia a partire dal caso *Hoffman*.

La pronuncia della Corte di giustizia. Nell'ottica della Corte, l'*exequatur* ha la funzione di integrare la decisione nell'ordinamento dello Stato richiesto e da tale momento troverebbero applicazione le norme interne, ivi comprese quelle sugli effetti del titolo. La sentenza sviluppa tre ordini di considerazioni: la prima, concernente l'efficacia della decisione straniera, rileva che "se è pur vero che, in linea di principio, il riconoscimento deve produrre l'effetto di attribuire alle decisioni l'autorità e l'efficacia di cui godono nello Stato membro in cui sono state pronunciate, non vi è tuttavia alcun motivo per attribuire ad una decisione, al momento della sua esecuzione, effetti che una decisione dello stesso genere pronunciata direttamente nello Stato membro richiesto non produrrebbe" (punto n. 40 motivazione); la seconda, consiste nell'osservazione che "la mancata applicazione del termine di esecuzione di cui all'art. 929, paragrafo 2, della ZPO (...) comporterebbe che le ordinanze di autorizzazione di se-

questo conservativo emanate dai giudici di uno Stato membro diverso (...), dopo essere dichiarate esecutive, avrebbero effetti diversi da quelli attribuiti dal diritto nazionale alle ordinanze di autorizzazione di sequestro conservativo emesse da un giudice nazionale (...)" (motivazione punto n. 42); la terza riguarda, infine, l'inconveniente pratico insito nell'assumere che il termine per l'esecuzione delle ordinanze di sequestro conservativo concerna l'effetto esecutivo, disciplinato dal diritto processuale dello Stato di origine, poiché ciò "implicherebbe un onere sproporzionato per le autorità incaricate di procedere all'esecuzione" che dovrebbero conoscere il diritto che regola il provvedimento in questione (motivazione punto n. 43).

La Corte esclude che, così pronunciando, vi sia una compromissione dell'effetto utile del sistema previsto dal regolamento n. 44 del 2001 e precisa che l'obiettivo della libera circolazione delle decisioni «non può essere conseguito disattendendo un altro importante principio, quello della certezza del diritto delle iscrizioni nei registri immobiliari, sia per la tutela dei titolari dei diritti (...) sia per la tutela dei terzi» (motivazione punto n. 46).

Appare chiaro come la pronuncia attui un arretramento della nozione di *esecutorietà*, rientrando secondo il sistema di Bruxelles nell'ambito di applicazione della legge dello Stato di origine della decisione, in favore di quella di *esecuzione*, costituente dominio della *lex fori* processuale dello Stato richiesto.

È, in definitiva, attuato un rovesciamento di prospettiva circa i rapporti tra diritto interno e diritto comune: nell'ottica assunta in motivazione, il diritto interno dismette la funzione sussidiaria che lo caratterizza nel funzionamento del sistema di diritto internazionale uniforme (perlomeno sino alla pronuncia *Al Bosco*), per tornare ad assumere la funzione di parametro esclusivo del coordinamento che storicamente l'ha caratterizzato fuori della logica co-

[2] Conclusioni dell'avv. gen. Szpunar, presentate il 20 giugno 2018, disponibili sul sito www.curia.eu all'identificativo ECLI:EU:C:2018:472.

[3] Corte giust., 1° marzo 2018, causa C-558/16, *Mahnkopf c. Mahnkopf*.

[4] Si tratta di un criterio elaborato dalla Corte di giustizia con riferimento al foro alternativo previsto in materia d'illecito. Il Giudice Ue, nella nota sentenza 30 novembre 1976, causa C-21/76, *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, afferma che "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto", ai sensi dell'art. 5, n. 3, deve intendersi come riferito tanto al luogo della condotta lesiva che a quello di verifica del danno, in considerazione che "l'adozione come unico criterio quello del luogo in cui si è verificato l'evento generatore del danno avrebbe come conseguenza la possibile confusione, in un ragguardevole numero di casi l'adozione, in materia extracontrattuale, fra le competenze rispettivamente contemplate dagli artt. 2 e 5 n. 3 della convenzione, di guisa che quest'ultima disposizione risulterebbe priva di ogni effetto utile" (punto n. 20 motivazione). Analogamente, sempre con riferimento all'art. 5, n. 3, la Corte riprende il tema dello "effetto utile" con la pronuncia 7 marzo 1995, causa C-68/93, *Shevill c. Presse Alliance*, motivazione punti 22 e 23 e con Corte giust., 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari c. Lloyds Bank*, motivazione punto 12. Non sempre, tuttavia, la Corte di giustizia ha riservato questa attenzione agli esiti della propria interpretazione, com'è accaduto con riferimento al foro contrattuale nella versione accolta dall'art. 5, n. 1, regolamento n. 44 del 2001, sul quale mi permetto di rinviare alle considerazioni svolte in Silvestri, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea*, cit., p. 69 ss.

munitaria^[5]. L'affermazione della prevalenza dell'esigenza di certezza del diritto concernente le iscrizioni ipotecarie rispetto alle esigenze della libera circolazione delle pronunce giurisdizionali europee, costituisce espressione della prevalenza della legge interna e dei suoi scopi, rispetto a quelli perseguiti dal sistema di Bruxelles. Anche l'evocata difficoltà delle istituzioni locali a conoscere il diritto straniero, non può costituire un argomento rilevante in uno "spazio giudiziario europeo" che mira alla libera circolazione delle pronunce giurisdizionali, la necessità di conoscere il diritto straniero, perlomeno limitatamente a dove esso tange quello interno, si pone quale corollario ineliminabile dell'aspirazione all'unità, evidentemente frustrata dalla nazionalizzazione dell'efficacia di un titolo straniero.

Se la nazionalizzazione degli effetti semplifica il problema della loro circolazione, questo avviene a discapito delle basi logiche, giuridiche e politiche che hanno retto i programmi di armonizzazione^[6] e avvicinamento degli ordinamenti, espressi nei sistemi di Bruxelles e nei regolamenti che partecipano di analoghi scopi riconducibili all'[art. 67 tfUE](#). A tacer dell'errore di fondo circa i pretesi effetti dell'[art. 675 c.p.c.](#), il quale non prevede affatto una efficacia *sine die* dell'ordinanza di sequestro conservativo allorché sia stato compiuto il primo atto di esecuzione (con ciò consentendo reiterate "esecuzioni" dello stesso provvedimento di sequestro), ma implica che il compimento del primo atto di esecuzione nel termine di trenta giorni consenta la prosecuzione degli atti successivi anche oltre detto termine^[7].

[5] Si vedano le considerazioni di Salerno, *Il "sistema di Bruxelles I" verso un regime "monista" di libera circolazione delle decisioni*, cit., p. 11 ss.; Cansacchi, *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans les conflits de lois*, cit., p. 79.

[6] Per una panoramica Biavati, *La realizzazione dello spazio giudiziario europeo di giustizia, libertà e sicurezza: stato attuale e tendenze evolutive alla luce del programma di Stoccolma*, in questa rivista, 2013, p. 185.

[7] Fermo restando che il primo atto di esecuzione dipende dal tipo di beni oggetto del sequestro, il principio risulta costantemente affermato; tra le molte, Cass., [12 giugno 2007, n. 13775](#); Trib. Verona, 28 marzo 2008; Trib. Venezia, 9 maggio 2007; Trib. Roma, 23 marzo 2007; Trib. Ivrea, 8 settembre 2004. Trib. Bari, 8 novembre 2011, ha stabilito che in caso di sequestro conservativo che debba essere attuato in un altro Stato membro in base al regolamento n. 44 del 2001, il termine di efficacia del provvedimento inizi a decorrere soltanto dal momento in cui l'esecuzione del sequestro è giuridicamente possibile ossia dalla data in cui interviene la dichiarazione di esecutività dell'autorità del paese nel quale il beneficiario della decisione intende darvi esecuzione. Cass., [17 giugno 1980, n. 3836](#), con nota di Trisorio Liuzzi, *Inefficacia del sequestro e ordine di dissequestro*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 530; Trib. Reggio Calabria, 8 agosto 2003, con nota di Farina, *L'inefficacia del sequestro per mancata esecuzione fra abrogazione tacita e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2004, p. 485; Trib. Verona, 29 aprile 2003, con nota di Giacino, *Inefficacia del provvedimento cautelare non eseguito nel termine dell'art. 675 c.p.c.*, in *Arch. loc.*, 2003, p. 830. Sulle diverse modalità di attuazione dei sequestri, tra i molti contributi, Saletti, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di Tarzia-Cipriani, Padova, 1992, p. 388; Merlin, voce *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 426; Ferri, voce *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 460; Caponi, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 2000, p. 104; Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, p. 282; Corsini, *Sequestro giudiziario di beni, trascrizione, possesso di buona fede ed art. 111 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 875; Id., *Sulle modalità di attuazione del sequestro unitario di azienda*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1359; Id., *Sequestro giudiziario e circolazione dell'azienda*, in questa rivista, 2004, p. 1173; Id., *Il sequestro giudiziario di beni*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, 2, a cura di Chiarloni-Consolo, Torino, 2005, p. 837; Consolo, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, I, Torino, 2010, p. 300; Uselli, *Attuazione del sequestro giudiziario di ramo d'azienda, poteri di controllo del giudice cautelare, ruolo del custode ed efficace tutela dei diritti del sequestrante*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1130; Dalfino, voce *Il sequestro giudiziario*, in *Diritto on line Treccani*, 2012; F. Verde, *Il sequestro nel diritto processuale civile*, Padova, 2016.

ABUSO DEL PROCESSO

L'abuso del processo e la conseguente responsabilità aggravata ex art. 96 comma 3 c.p.c., anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 139 del 6 giugno 2019

di Giulia Baruffaldi

DEL 29 OTTOBRE 2019

Sommario

1. L'abuso del processo: nozione e conseguenze sanzionatorie
2. La responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3 c.p.c.
3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 139/2019 in materia di quantificazione della somma equitativamente determinata
4. Riflessioni conclusive

1. L'abuso del processo: nozione e conseguenze sanzionatorie

La nozione di abuso del processo è ricompresa nella più ampia categoria dell'abuso del diritto, fattispecie che ricorre ogniqualvolta un soggetto eserciti un diritto, pur riconoscendogli dall'ordinamento giuridico, ma al solo scopo di ledere la sfera giuridica di un altro soggetto.

Tale fattispecie generale, se rapportata alla specifica materia della legittimazione processuale, è costituita dalla figura dell'abuso del processo, figura che ricorre, in ambito processualcivile, nel caso in cui un soggetto agisca o resista in giudizio pur essendo consapevole, con malafede/dolo o quantomeno colpa grave, della infondatezza delle proprie pretese, con pregiudizio sia per la controparte che per il buon andamento della giustizia.

L'abuso del processo, altresì, può ricorrere anche nel caso un certo mezzo processuale venga utilizzato per perseguire fini diversi rispetto a quelli per cui esso è funzionale.

In entrambi i casi, con l'abuso del processo in ambito civile si verifica una violazione dell'[art. 88, comma 1 c.p.c.](#), secondo cui *“Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità”*.

Solo a livello esemplificativo, si verifica un abuso del processo nel caso in cui il creditore frazioni il proprio credito attraverso la proposizione di plurimi ricorsi riconducibili a un unico rapporto (c.d. “parcellizzazione del credito”) oppure quando l'avvocato promuova un'azione giuridicamente confusa, non comprensibile e a fini meramente dila-

tori (vedasi Cass. civ., sezione 3 civile, [25 giugno 2019, n. 16898](#)) o, ancora, quando un creditore depositi istanza di fallimento pur non ricorrendone i presupposti, tra cui l'insolvenza del debitore, al solo fine di intimidirlo ed ottenere più velocemente il pagamento di quanto asseritamente dovuto (vedasi Cass. civ., sezione 1 civile, [12 agosto 2016, n. 17078](#)).

La fattispecie generale dell'abuso del processo, infatti, si può declinare in innumerevoli e diversi casi concreti, accomunati dall'elemento soggettivo della malafede o della colpa grave della parte e del proprio difensore nell'abusivo utilizzo dello strumento processuale e, quindi, pretendere di individuarne caratteri più specifici sarebbe pressoché impossibile.

Un altro aspetto, però, che accomuna i casi di abuso del processo e, in generale, i casi di c.d. “lite temeraria”, è **la risposta sanzionatoria che ne deriva e che viene individuata nella responsabilità aggravata ex [art. 96 c.p.c.](#)**, secondo cui, sulla scorta del primo comma, *“Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.”*

La primaria ed immediata conseguenza sanzionatoria del comportamento processuale distorto e della malafede, quindi, è costituita dalla condanna non solo alle spese di lite ma, altresì, al risarcimento dei danni, su istanza della parte vittoriosa, sulla quale ricade anche l'onere probatorio sia in merito all'*an* che al *quantum* della richiesta risarcitoria.

2. La responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3 c.p.c.

Oltre alla predetta condanna al risarcimento del danno, un ulteriore strumento sanzionatorio all'abuso del processo è previsto dal [terzo comma dell'art. 96 c.p.c.](#), secondo cui *“In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”*.

Ai fini della condanna ex [art. 96, comma 3 c.p.c.](#) (la quale può essere disposta anche d'ufficio), non è richiesta la prova del danno subito dal richiedente a causa della proposizione della lite temeraria nei suoi confronti come, invece, richiesto dai primi due commi della norma, trattandosi di una particolare forma di *“punitive damages”*, ormai accettata e recepita anche dal nostro ordinamento.

La norma invocata, infatti, costituisce un'ulteriore strumento a tutela del corretto utilizzo del processo a fronte di comportamenti patologici che vengono, appunto, qualificati come *“abuso del processo”* e che differisce, quanto a sostanza e presupposti, dal risarcimento del danno.

Sul tema, di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno statuito che *“Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi”* (Cass. civ., S.U., [5 luglio 2017, n. 16601](#)).

Al Giudice, quindi, è consentito comminare anche la condanna al pagamento di una somma a mero titolo sanzionatorio e non a titolo risarcitorio, come peraltro già previsto prima di tale pronuncia dal [comma terzo dell'art. 96 c.p.c.](#), senza necessità alcuna di provare il danno subito.

Infatti, *“La condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., che configura una sanzione di carattere pubblicistico, non presuppone l'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, ma soltanto di una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di abuso del processo, quale l'aver agito o resistito pretestuosamente”* (Cass. civ., sezione 3 civile, [11 ottobre 2018, n. 25177](#)).

3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 139/2019 in materia di quantificazione della somma equitativamente determinata

Ulteriore tassello sul tema è rappresentato dalla recentissima [sentenza n. 139](#) emessa il 6 giugno 2019 dalla Corte Costi-

tuzionale, la quale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'[art. 96, comma 3 c.p.c.](#) sollevata con riferimento agli artt. [23](#) e [25](#), comma [2](#) della Costituzione.

La questione della quale si è occupata la Corte non riguarda l'ammissibilità o meno di una simile norma nel nostro ordinamento, poiché, come già precedentemente evidenziato, questa norma *“punitiva”* è ammessa quale sanzione a carattere pubblicistico, ma riguarda le modalità di quantificazione della somma equitativamente determinata dal giudice.

Secondo il ricorrente la norma censurata, assegnando al giudice un potere ampiamente discrezionale, senza fissare un massimo e un minimo della somma al cui pagamento la parte soccombente può essere condannata, violerebbe la riserva di legge prescritta dall'[art. 23 Cost.](#), nonché il principio di legalità di cui all'[art. 25, secondo comma, Cost.](#)

La Corte Costituzionale, investita del tema, ha rilevato come nel nostro ordinamento non ci sia, sul punto, alcuna norma che imponga al giudice di quantificare entro certi parametri la somma in questione.

Infatti, l'[art. 385 c.p.c.](#) è stato abrogato nella parte in cui prevedeva che il giudice, quando si pronunciava sulle spese, condannasse la parte soccombente al pagamento in favore della controparte di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, nel caso in cui la stessa avesse proposto ricorso o vi abbia resistito con dolo o colpa grave.

Ne deriva come il criterio della quantificazione della somma, oggetto della possibile condanna, sia rimasto solo equitativo, non essendo più previsto il limite del doppio dei massimi tariffari.

La Corte, tuttavia, ha stabilito che il criterio per la quantificazione debba essere ricercato in via interpretativa dall'esame della giurisprudenza, così statuendo: *“Numerose sono le pronunce di illegittimità costituzionale di prestazioni imposte senza una sufficiente determinazione dei criteri per la loro quantificazione (ex plurimis, sentenze [n. 174 del 2017](#), [n. 83 del 2015](#), [n. 33](#), [n. 32](#) e [n. 22 del 2012](#))*.

Si tratta però di fattispecie di prestazioni varie, essenzialmente di natura tributaria, la cui quantificazione era stata rimessa all'autorità amministrativa.

Invece, l'art. 96, terzo comma, cod. proc. civ. assegna al giudice, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, il compito di quantificare la somma da porre a carico della parte soccombente e a favore della parte vittoriosa sulla base di un criterio equitativo. Il legislatore, esercitando la sua discrezionalità particolarmente ampia nella conformazione degli istituti processuali (ex plurimis, sentenza [n. 225 del 2018](#)), ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieuti-

ca di formazione del diritto vivente, soprattutto della Corte di cassazione (sentenza [n. 102 del 2019](#)), può specificare – così come ha già fatto – il precetto legale.

Si ha, infatti, che nella fattispecie, la giurisprudenza di legittimità, anche recente, ha, appunto, precisato che il [terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.](#), rinviando all'equità, richiama il criterio di proporzionalità secondo le tariffe forensi e quindi la somma da tale disposizione prevista va rapportata «alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa» (Corte di cassazione, sezione terza civile, ordinanze [11 ottobre 2018, n. 25177](#) e n. 25176).

Questo criterio, ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza, è peraltro coerente e omogeneo rispetto sia a quello originariamente previsto dal [quarto comma dell'art. 385 cod. proc. civ.](#) (che contemplava il limite del doppio dei massimi tariffari), sia a quello attualmente stabilito dal [primo comma dell'art. 26 cod. proc. amm.](#) (che similmente pre-

vede il limite del doppio delle spese di lite liquidate secondo le tariffe professionali).

Può dirsi, pertanto, che la somma al cui pagamento il giudice può condannare la parte soccombente in favore della parte vittoriosa ha sufficiente base legale e quindi – ferma restando la discrezionalità del legislatore di calibrare meglio, in aumento o in diminuzione, la sua quantificazione – è comunque rispettata la prescrizione della riserva relativa di legge di cui all'[art. 23 Cost](#)".

4. Riflessioni conclusive

In conclusione, si può affermare come, ad oggi, l'istituto della condanna ex [art. 96, comma 3 c.p.c.](#) sia definitivamente ammissibile anche se la norma non determina espressamente i criteri per la quantificazione della somma, i quali debbono essere ricercati nella giurisprudenza sopra citata e richiamata dalla Corte Costituzionale.

ESPROPRIAZIONE DEI CREDITI CONDOMINIALI

L'espropriazione dei crediti condominiali e la natura giuridica del condominio negli edifici: un dialogo tra diritto processuale e diritto sostanziale

di Gianni Ghinelli

DEL 31 OTTOBRE 2019

Sommario

1. Introduzione
2. I fatti di causa e le questioni di diritto affrontate
3. La ratio del principio di diritto ed il dibattito sulla natura giuridica del condominio
4. Le possibili conseguenze della sentenza: dal diritto processuale a quello sostanziale e viceversa

1. Introduzione

La Corte di Cassazione, con la sentenza del [14 maggio 2019, n. 12715](#)^[1], è intervenuta in materia di espropriazione forzata dei crediti condominiali, stabilendo che il creditore dotato di titolo esecutivo nei confronti del condominio possa legittimamente pignorare il credito ai contributi vantato dal condominio stesso verso il singolo condomino^[2].

I risvolti di questa pronuncia sono quantomeno due: anzitutto, e su un piano preminentemente pratico, si afferma la legittimità dell'espropriazione presso terzi ai sensi dell'[art. 543 c.p.c.](#) avente ad oggetto il credito che, a titolo di contributo, il condominio vanta nei confronti del condomino; in secondo luogo, la Corte, sostenendo che il condomino è un soggetto terzo rispetto al condominio – un *debitor debitoris* – interviene a livello sistematico, sancendo tra i due un'alterità soggettiva, per nulla scontata alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sulla natura giuridica del con-

dominio, di cui si darà conto.

La pronuncia è quindi di particolare interesse poiché, incrociando il diritto processuale con quello sostanziale, si propone come un'ulteriore voce nel dibattito sulla qualificazione del condominio – un istituto con una relevantissima incidenza nella prassi processuale, eppure dai confini sostanziali ancora incerti^[3].

Nelle pagine che seguono, dopo aver brevemente ripercorso i fatti di causa e le questioni sollevate, si proverà a verificare quale sia il contributo apportato dalla sentenza commentata in punto di inquadramento sistematico del condominio e, in conclusione, quale siano i riflessi della natura giuridica del condominio sulle regole processuali.

2. I fatti di causa e le questioni di diritto affrontate

La vicenda che ci occupa ha inizio quando, a fronte di una sentenza di condanna alle spese di causa, la parte vittorio-

^[1] La pronuncia è stata presa in analisi anche da GIARDINI, *Esecuzione forzata e condominio di edifici: considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 12715 del 14.04.2019*, in questa rivista. Il presente contributo tenta di porsi in un diverso angolo prospettico, cercando di verificare quale sia il contributo che il principio di diritto espresso apporta al dibattito sulla natura del condominio negli edifici e quale, per converso, siano gli effetti riflessi sul diritto processuale.

^[2] In particolare, la Corte afferma che: "il creditore del condominio che disponga di un titolo esecutivo nei confronti del condominio stesso, ha facoltà di procedere all'espropriazione di tutti i beni condominiali, ai sensi degli artt. [2740](#) e [2910](#) c.c., ivi inclusi i crediti vantati dal condominio nei confronti dei singoli condomini per i contributi dagli stessi dovuti in base a statuti di ripartizione approvati dall'assemblea, in tal caso nelle forme dell'espropriazione dei crediti presso terzi di cui agli artt. [543](#) c.p.c. e ss."

^[3] Sulla frequente incidenza pratica del condominio in campo civilistico, cfr. TORRESI, *Il condominio negli edifici*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 3, p. 632, il quale riporta che – secondo dati Censis ed A.N.A.C.I. – sono ogni anno 180.000 le nuove cause condominiali; in base ai medesimi dati, i giudizi condominiali pendenti si conterebbero in un milione circa, rappresentando circa 1/5 dei giudizi civili pendenti.

sa in sede di cognizione agiva in via esecutiva contro il condominio soccombente, al fine di realizzare coattivamente il proprio credito.

Veniva quindi notificato un atto di pignoramento presso terzi, col quale si sottoponeva al vincolo del pignoramento il credito vantato dal condominio nei confronti di alcuni condomini a titolo di contributi. Ne scaturiva un'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'[art. 615 c.p.c.](#), proposta dal condominio in persona dell'amministratore e da alcuni condomini. Detta opposizione veniva respinta dal Tribunale di Catania; sentenza poi confermata dall'omonima Corte d'Appello.

Ricorrevano per cassazione il condominio ed un condomino, terzo pignorato, con tre motivi di ricorso. Si lamentava, in primo luogo, l'erronea configurazione del condominio quale soggetto dotato di personalità giuridica e/o di soggettività giuridica, seppur attenuata; in secondo luogo, si rilevava la falsa applicazione delle norme in materia di parziarietà delle obbligazioni condominiali e del principio di indisponibilità delle somme dovute per le quote^[4].

Va subito anticipato che entrambi i ricorsi sono stati dichiarati inammissibili. Il ricorso del condominio, in persona del suo amministratore, è stato ritenuto tale per vizio di capacità processuale dell'amministratore, il quale aveva proposto l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* senza la necessaria autorizzazione assembleare o, quantomeno, di una successiva ratifica da parte di quest'ultima. Viene dunque ribadito dai giudici di legittimità che, quando – come nel caso di specie – si verte in materie che esulano da quelle ordinariamente attribuite dall'[art. 1130 c.c.](#) all'amministratore, è necessaria un'apposita autorizzazione assembleare.^[5]

Il ricorso del condomino, dal canto suo, viene dichiarato inammissibile per carenza di un'adeguata censura della sentenza impugnata. In ogni caso – afferma la Corte – il ricorso sarebbe stato comunque infondato nel merito, in quanto i giudici di merito avevano ben applicato il principio per cui il terzo pignorato non è legittimato a sollevare, con lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, questioni che riguardano il diritto del creditore esecutante a procedere all'esecuzione forzata nei confronti del debitore esecutato: in definitiva, nel contesto di un'esecuzione forzata in cui viene notificato un pignoramento presso terzi, l'unico a poter esperire il rimedio dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 615* è il debitore esecutato, non anche il terzo pignorato.

Stabilita l'inammissibilità di entrambi i ricorsi, ed alla luce

del particolare rilievo della questione di diritto sollevata dai ricorrenti, la Corte affronta comunque il merito dei ricorsi ed, ai sensi dell'[art. 363, comma 4, c.p.c.](#) enuncia il principio per cui il creditore del condominio può procedere all'espropriazione di tutti i beni condominiali, inclusi i crediti che il condominio vanta nei confronti dei singoli condomini a titolo di contributi, dovuti in base agli stati di ripartizione approvati dall'assemblea.

3. La ratio del principio di diritto ed il dibattito sulla natura giuridica del condominio

I giudici di legittimità motivano in diritto la legittimità del pignoramento dei crediti condominiali verso i singoli condomini, partendo dal dato per cui, in base agli artt. [2740 c.c.](#) e [2910 c.c.](#), si possono espropriare tutti i beni del debitore, inclusi i crediti. Ai fini dell'[art. 543 c.p.c.](#) e ss. è poi necessario, per un verso, che esista un rapporto obbligatorio tra creditore procedente e condominio e, per altro, che vi sia un credito del condominio nei confronti del condomino avente ad oggetto il pagamento dei contributi condominiali. Tanto basta – afferma la Corte – per procedere col pignoramento presso terzi. Non vi è nessun dubbio sulla configurabilità di un debito del condominio verso soggetti esterni al vincolo che lega i proprietari delle singole unità immobiliari, ma nemmeno – secondo i giudici di legittimità – si può dubitare che il condominio, rappresentato dal suo amministratore sia, sul piano sostanziale, creditore del condomino per i contributi dovuti a titolo di quote condominiali. Fornisce a tal proposito un sicuro ancoraggio normativo la previsione dell'[art. 63, comma 1, disp. att. c.c.](#), la quale consente all'amministratore condominiale di ottenere un decreto ingiuntivo avverso il condomino inadempiente rispetto ai contributi dovuti in forza dello stato di ripartizione approvato dall'assemblea. Questa norma di carattere processuale costituisce, secondo la Corte, una conferma esplicita – o quantomeno implicita – del fatto che tra condominio e condomino esiste un rapporto obbligatorio avente ad oggetto il pagamento dei contributi condominiali. Non essendovi una norma che impedisca al creditore procedente di sottoporre ad esecuzione il credito vantato verso il condomino, se ne deduce che nulla impedisca di procedere al pignoramento ai sensi degli artt. [2710](#), [2910 c.c.](#) e [543 c.p.c.](#) La Corte precisa, inoltre, che l'esecuzione forzata eseguita nelle modalità del pignoramento presso terzi, non viola il principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali.

[4] Infine, ma il motivo non rileva ai nostri fini, si denunciava la violazione e/o falsa applicazione del regolamento delle spese di lite.

[5] L'[art. 1131, comma 1, c.c.](#) restringe la rappresentanza processuale dell'amministratore alle materie di cui all'[art. 1130 c.c.](#), salva la diversa previsione del regolamento condominiale o – appunto – dall'assemblea. In tal senso, cfr. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 346.

li: se ciascuno è tenuto a contribuire pro-quota e non oltre il valore della quota, agire per l'intero avverso il condominio e pignorare il credito vantato verso il condomino realizza, non sviscila, il principio di parziarietà[6].

Nel dire che quello per il pagamento dei contributi è un rapporto obbligatorio, la Corte implicitamente sottende che, tra condomino e singolo condomino, sussista un'alterità soggettiva. Se è scontato che il condomino, proprietario dell'appartamento inserito nel condominio, sia un soggetto dotato di propria autonomia, ossia un autonomo centro di imputazioni di interessi, altrettanto non si può dire per il condominio. La pronuncia interviene dirimendo una questione di diritto processuale; tuttavia, sembra che – almeno potenzialmente – il principio affermato, dal piano processuale possa passare a quello sostanziale, con effetti rilevanti sul dibattito in corso. Com'è noto, quella del condominio è anzitutto una disciplina speciale della comunione. L'istituto si caratterizza, in particolare, per il fatto che la comunione cade sulle cd. “parti comuni” dell'edificio, a sua volta composto da una pluralità di unità immobiliari appartenenti, in via esclusiva, a singoli proprietari. Sulle parti dell'edificio strutturalmente e funzionalmente connesse al complesso delle singole unità, insiste la comproprietà dei condomini. La contitolarità del diritto sulle parti comuni è “necessaria”, tant'è che, stante il collegamento funzionale con le parti di proprietà esclusiva dei condomini, questa speciale forma di comunione è, in via generale, indivisibile[7].

Ciò detto, ci si chiede se il condominio sia solo questo. La dottrina, in effetti, già da tempo, dibatte sulla natura giuridica dell'istituto. Sembra, da un lato, riduttivo configurarlo come la somma dei soggetti titolari delle singole proprietà individuali ed esclusive, in quanto una tale visione dell'istitu-

to contrasterebbe con la sua stessa *ratio* e con le norme che lo regolano. D'altro canto, però, la legge nulla dice esplicitamente in merito alla configurabilità del condominio come un ente, dotato di soggettività propria rispetto ai singoli proprietari. Eppure, considerando una serie di elementi, viene la tentazione di attribuire al condominio appunto la natura di ente, dotato di propria soggettività e capace di essere titolare di autonome situazioni giuridiche. Tra questi elementi essi, particolare rilievo assume la presenza di organi – l'assemblea e l'amministratore – preposti a governare, nel beneficio di tutti, l'uso delle cose comuni, la disciplina del regolamento di condominio modificabile anche solo a maggioranza e la rappresentanza sostanziale e processuale conferita all'amministratore nelle materie di cui all'[art. 1130 c.c.](#) Dai menzionati dati normativi, dunque, si può – forse – dedurre che il condominio formi una sua volontà ed agisca separatamente ed autonomamente dai singoli condomini.

Sempre in letteratura, però, è stata anche decisamente negata la possibilità di attribuire personalità giuridica al condominio. E ciò, non solo per mancanza di una disciplina sostanziale che configuri un'autonomia patrimoniale perfetta in capo a quest'ultimo, ma anche in considerazione del fatto che, nel nostro sistema, la personalità giuridica sia attribuita non in base a criteri sostanziali, bensì in forza di una tipizzazione *ex lege* e ad una qualche forma di riconoscimento[8]. Peraltro, e sotto altro aspetto, si fa notare che, in ogni caso, configurare il condominio come una persona giuridica eliminerebbe il problema stesso della natura giuridica del condominio, senza risolverlo: in sostanza, se il condominio fosse una persona giuridica, non si porrebbe neppure il problema di definirne i contorni, giacché verrebbe meno la rilevanza dei proprietari delle unità immobiliari, in favore dell'emergere

[6] Sulla natura parziaria delle obbligazioni dei singoli condomini, cfr. Cass. civ., Sez. un., [8 aprile 2008, n. 9148](#).

[7] In dottrina si parla, con riferimento al condominio ed alla comunione, di “equilibrio stabile” e di “equilibrio dinamico”. Infatti, mentre il codice guarda con sfavore alla comunione (*communio est mater rixarum*, avverte il brocardo), con la conseguenza che la comunione può essere sciolta in qualsiasi momento ed anche contro la volontà della maggioranza e con l'ulteriore limite decennale alla durata dei patti di non divisione, tutt'altro atteggiamento si registra nei confronti del condominio. La stabilità dell'equilibrio di cui si è detto deriva dalla necessità di garantire il miglior godimento comune possibile delle parti comuni ed è sancita dall'[art. 1119 c.c.](#) In tal senso, cfr. GIACOBBE-MARINA, Condominio negli edifici, Enc. del dir., VIII, 1961; Ancora, cfr. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 340.

[8] In tal senso si consideri, a titolo esemplificativo, che: a) le associazioni acquisiscono personalità giuridica in seguito al riconoscimento da parte della Prefettura, ai sensi del [D.p.r. n. 361/2000](#) (mentre per le cd. associazioni del terzo settore, in base all'omonimo codice, è stata recentemente introdotta la procedura semplificata di iscrizione al Registro nazionale del terzo settore); b) per le società di capitali è necessario, sempre ai fini del conseguimento della personalità giuridica, l'iscrizione al registro delle imprese. Cfr. sul punto dell'attribuzione della personalità giuridica, BASILE-FALZEA, Persona giuridica, Enc. del Dir., XXXIII, 1983: «La semplice circostanza che un ente possieda i requisiti di cui si è fatto cenno non autorizza a dedurre che ci si trovi di fronte ad una persona giuridica. Come si diceva, l'attribuzione della personalità è sempre subordinata ad un giudizio di valore che ogni ordinamento affida ai propri organi regolandone e indirizzandone in varia maniera l'operato. Qualunque sia il modo con il quale viene attribuita, la personalità si basa sempre su una norma giuridica. Veramente tra le varie forme di personificazione si sogliono distinguere sistemi «normativi» e sistemi «concessori», secondo che la qualifica in esame sia attribuita con legge per categorie di enti, o con atto amministrativo per ogni singolo ente [...]».

di un ente dotato di propria capacità giuridica e di autonomia patrimoniale perfetta.

Esclusa la riconducibilità del condominio al novero delle persone giuridiche, sempre in dottrina si è detto che l'istituto configurerebbe quantomeno un "soggetto collettivo" o, ancora, un "ente di gestione". In questo senso, secondo alcuni, il condominio sarebbe riconducibile ad una delle sfumature che intercorrono tra la persona giuridica e la persona fisica, assumendo i connotati di un soggetto di diritto distinto dalla somma dei partecipanti, pur senza che vi sia personalità giuridica. Altre voci, invece, insistono nel ribadire che l'insieme dei proprietari non dia vita ad alcun ente^[9].

Il dibattito appena accennato ha trovato un approdo anche nella giurisprudenza di legittimità. A conferma dell'aleatorietà della natura giuridica del condominio, si registrano più interventi delle sezioni unite ed orientamenti oscillanti delle sezioni semplici, rispetto ai quali la sentenza in commento costituisce uno degli ultimi "atti".

In particolare, si segnala l'intervento delle sezioni unite nel 2008^[10], in base al quale si nega l'appartenenza del condominio alla categoria dell'ente di gestione e, *a fortiori*, si disconosce la sussistenza di una qualsiasi autonomia rispetto ai singoli condomini. Ancora, l'anno scorso, sempre le sezioni unite^[11] hanno ribadito l'assenza di personalità giuridica, affermando la legittimità del ricorso incidentale tardivo del condomino che non abbia partecipato al processo di merito, laddove – si precisa – la controversia investa i diritti che, pro-quota, il condomino vanta sulle parti comuni.

A questi due orientamenti, si contrappone un ulteriore intervento delle sezioni unite – Cass. civ., sez. un. [18 settembre 2014, n. 19663](#) – che pare porsi in senso opposto. In particolare, la sentenza stabilisce che, ai fini dell'indennizzo previsto dalla cd. "[legge Pinto](#)" per l'eccessiva durata del processo, se parte del processo presupposto è stato il condominio, è solo quest'ultimo ad essere legittimato a chiedere detto indennizzo, non anche il condomino. Il ragionamento della Corte prende le mosse dal dato per cui, ai sensi dell'[art. 6 Cedu](#) anche le persone giuridiche e, in generale, i soggetti collettivi, rientrano nel novero dei soggetti titolari del diritto all'indennizzo per l'eccessiva durata del processo. Svolta questa premessa, l'analisi dei giudici di legittimità passa a considerare come il condominio non possa ricondursi ad una mera situazione di comproprietà delle parti comuni dell'edificio. Sarebbe infatti necessario – secondo la Corte – riconoscere che, anche alla luce della riforma operata con [l. 11 dicembre 2012, n. 220](#)^[12], la direzione intrapresa dal legislatore è quella di riconoscere al condominio una sia pure attenuata personalità giuridica e, comunque, quantomeno una soggettività giuridica autonoma.

Tornando, ora, alla *ratio decidendi* che anima la sentenza in commento, pare potersi dire che questa ruoti attorno alla distinta soggettività tra l'ente creditore dei contributi – il condominio – ed il condomino debitore. Peraltro, il fatto che si tratti di obbligazioni *propter rem* nulla cambia sul punto della necessità che tra creditore e debitore intercorra una alterità soggettiva: d'altronde, se la parte attiva e quella passiva del

^[9] Cfr. TORRISI, Il condominio negli edifici, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 3, p. 632, il quale da atto degli opposti orientamenti sopra ripercorsi. Nel primo senso – quindi nella visione personificata del condominio – viene citato BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro.it, *sub. Artt. 1100-1139*, 1982; in senso opposto, l'autore rinvia a SALIS, *Il condominio di edifici*, Utet, 1956. Per una ricostruzione storica e comparativa dell'istituto, in particolare con l'ordinamento francese, cfr. GRIPPAUDO, *Se debitore ingiunto è l'ente di gestione, il condominio deve pagare all'amministratore*, in *Corr. Giur.*, 2015, 3, p. 353.

^[10] Cfr. Cass., sez. un., [8 aprile 2008, n. 9148](#). La pronuncia, pur intervenendo principalmente sulla parziarietà afferma l'impossibilità di ricondurre il condominio alla figura dell'ente di gestione e di attribuirgli, in qualsiasi modo, un'autonoma soggettività rispetto ai singoli condomini: "Per la struttura, gli enti di gestione si contrassegnano in ragione della soggettività (personalità giuridica pubblica) e dell'autonomia patrimoniale (la titolarità delle partecipazioni azionarie e del fondo di dotazione). Orbene, nonostante l'opinabile rassomiglianza della funzione – il fatto che l'amministratore e l'assemblea gestiscano le parti comuni per conto dei condomini, ai quali le parti comuni appartengono – le ragguardevoli diversità della struttura dimostrano la inconsistenza del ripetuto e acritico riferimento dell'ente di gestione al condominio negli edifici. Il condominio, infatti, non è titolare di un patrimonio autonomo, nè di diritti e di obbligazioni: la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi di uso comune, in effetti, fa capo ai singoli condomini; agli stessi condomini sono ascritte le obbligazioni per le cose, gli impianti ed i servizi comuni e la relativa responsabilità; le obbligazioni contratte nel cosiddetto interesse del condominio non si contraggono in favore di un ente, ma nell'interesse dei singoli partecipanti. Secondo la giurisprudenza consolidata, poi, l'amministratore del condominio raffigura un ufficio di diritto privato assimilabile al mandato con rappresentanza: con la conseguente applicazione, nei rapporti tra l'amministratore e ciascuno dei condomini, delle disposizioni sul mandato."

^[11] Cfr. Cass. civ., sez. un., [18 aprile 2019, n. 10934](#).

^[12] Ci si riferisce in particolare all'obbligo in capo all'amministratore, ex [art. 1135, n. 4, c.c.](#) di costituire un fondo speciale destinato ai lavori di manutenzione; ancora, l'obbligo ex art. 1129, comma 12, n. 4, di gestire separatamente il patrimonio del condominio e quello proprio dell'amministratore o dei condomini; l'art. 2659, comma 1, n. 1, poi stabilisce che le trascrizioni contro o a favore dei condomini debbano menzionare l'eventuale denominazione, l'ubicazione ed il codice fiscale del condominio.

rapporto obbligatorio vengono a coincidere, l'obbligazione si estingue per confusione^[13]. Letto in questo senso, dunque, il principio di diritto processuale qui in esame – secondo cui è pignorabile il credito che il condominio vanta verso il condomino – si innesta sul percorso interpretativo che, sul piano sostanziale, sembra dirigersi verso l'“entificazione” del condominio^[14]. Non sembra pertanto fuori luogo ritenere che la Corte, conscia delle altalenanti pronunce cui si è accennato, abbia preso posizione in modo deciso nel senso di ritenere il condominio un ente, un soggetto diverso dalla pluralità dei condomini, dotato di autonoma soggettività.

4. Le possibili conseguenze della sentenza: dal diritto processuale a quello sostanziale e viceversa.

Si è detto ora quale sia la conseguenza della sentenza in commento sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia di soggettività del condominio: pare, infatti, che la Corte, partendo dal diritto processuale, abbia aggiunto un elemento che spinga nella direzione della autonoma soggettività del condominio. Questo, dunque, è il contributo del diritto processuale a quello sostanziale. Ora, ed in conclusione, pare interessante vedere quale sia l'effetto contrario: tornando dal diritto sostanziale a quello processuale, qual è la conseguenza dell'autonomia soggettiva del condominio? Per dare una risposta a questo interrogativo, si deve tenere conto di quanto detto in apertura del presente contributo, e cioè del fatto che il principio di diritto sancito dalla Corte ha una duplice portata: eminentemente pratica, la prima; anzitutto sistematica l'altra. In quest'ultimo paragrafo vengono presi in rassegna entrambi gli aspetti, nel tentativo di metter in luce quali siano – in definitiva – le conseguenze della pronuncia in commento sul terreno processuale.

Il risvolto immediato della costruzione del condominio come soggetto a sé stante – seppur privo di personalità giuridica – è, in primo luogo, quello di ampliare gli strumenti di tu-

tela in favore del creditore del condominio. Chi vanta un credito verso il condominio può, anzitutto, aggredire il patrimonio dei singoli condomini, ai sensi dell'[art. 63, comma 2, disp. att. c.c.](#) La norma prevede, però, il limite della preventiva escussione dei condomini morosi: solo una volta escussa questa categoria, il creditore può espropriare anche il patrimonio dei condomini adempienti. L'ulteriore strumento di tutela di cui si è appena detto consiste, dunque, nella possibilità di evitare un'esecuzione nei confronti dei singoli condomini, per aggredire direttamente il patrimonio condominiale ed ottenere l'assegnazione del credito che l'“ente condominio” vanta verso il singolo condomino. Tenendo conto della maggior celerità e – di regola – fruttuosità del pignoramento presso terzi, il creditore trae un sicuro beneficio da questa prospettiva; così facendo, inoltre, viene data piena attuazione al principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali^[15]. Peraltro, proprio in considerazione della parziarietà delle obbligazioni condominiali, l'esecuzione nei confronti del singolo condomino non può avvenire se non in proporzione alla quota millimesimale di partecipazione dell'esecutato al condominio. Se, contro il singolo proprietario, si esegue il titolo esecutivo vantato nei confronti del condominio oltre detta quota, il condomino è legittimato ad esperire un'opposizione all'esecuzione ex [art. 615 c.p.c.](#)^[16] Il pignoramento presso terzi del credito del condominio, invece, non sconta queste difficoltà: procedendo ai sensi dell'[art. 543 c.p.c.](#), il creditore, sicuro di non violare il principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali, può ottenere l'assegnazione del credito ed evitare un'esecuzione nei confronti dei singoli condomini.^[17]

Si consideri, infine, il possibile secondo risvolto – sempre processuale – inerente all'affermazione dell'autonomia soggettiva del condominio. Nel ripercorre il dibattito giurisprudenziale sulla natura giuridica del condominio sono state menzionate alcune delle sentenze che hanno negato una ta-

[13] In tema di obbligazioni *propter rem* e sul punto delle parti del rapporto obbligatorio, cfr. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. del dir.*, XXIX, 1979.

[14] CELESTE, *La personalità giuridica del condominio cacciata dalla porta rientra dalla finestra: alle sezioni unite (si spera) l'ardua sentenza*, in *Immobili e proprietà*, 2018, 2, p. 92 e ss.

[15] Fino alla già citata Cass. civ., sez. un., [8 aprile 2008, n. 9148](#) si registrava una lunga serie di pronunce di legittimità che si schieravano nel senso della solidarietà passiva per le obbligazioni contratte dall'amministratore del condominio. Tra di esse si citano: Cass. civ., [31 agosto 2005, n. 17563](#); Cass. civ., [30 luglio 2004, n. 14593](#). Nel 2008 le sezioni unite hanno invece dato rilievo al fatto che nessuna norma prevede la solidarietà passiva per i debiti condominiali; pertanto, si è ritenuto che, trattandosi di obblighi di pagamento di somme di denaro – dunque divisibili –, la responsabilità dei condomini non potesse che essere parziaria, la quale “meglio si adatta alle esigenze di giustizia sostanziale emergenti nella realtà economica e sociale del condominio negli edifici”. Per un commento critico alla citata sentenza delle sezioni unite del 2008, cfr. PELLEGRINO, *La soluzione sbagliata di un problema giusto: la sentenza Cassazione, Sezioni unite*, [8 aprile 2008, n. 9148](#), in *Giur. It.*, 2009, 2.

[16] Lo evidenzia CELESTE, *Creditore del condominio procedente e condominio esecutato: delineati (maggiormente ma non del tutto) gli oneri allegatori e probatori*, in *Immobili e proprietà*, 2017, 12, p. 694.

[17] Dei vantaggi dell'espropriazione forzata dei crediti parla, *ex multis*, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, Napoli, 2014, p.

le soggettività. In considerazione della riflessione sopra svolta, si prova ora ad immaginare quale possa essere l'esito di quelle stesse decisioni laddove il paradigma di partenza fosse, questa volta, quello dell'autonomia soggettiva del condominio. Si prenda, a titolo semplificativo, la materia della legittimazione ad impugnare in quei casi in cui, nei precedenti gradi, si fosse costituito il solo amministratore in rappresentanza del condominio e non anche il singolo condomino. Proprio su questo punto, nelle pagine che precedono è stata menzionata la decisione delle sezioni unite del 18 aprile 2019[18]. La pronuncia è basata sul presupposto dell'assenza di autonoma soggettività del condominio ed ha conseguentemente ritenuto il condomino come parte originaria del processo. La pronuncia ha conseguentemente ritenuto ammissibile l'intervento del condomino mediante ricorso incidentale tardivo[19]. La stessa *ratio* sembra governare anche la pronuncia della Cassazione del [16 maggio 2011, n. 10717](#): qui, sempre alla luce della ritenuta carenza di autonomia soggettiva del condominio, la Corte ha affermato la legittimazione del condomino ad impugnare in appello la sentenza di condanna del condominio; e ciò nonostante che, in primo grado, fosse stato convenuto il solo condominio, in persona del suo amministratore. Gli ermellini hanno difatti ritenuto che il singolo condomino debba sempre considerarsi parte origi-

naria, per cui è in ogni caso legittimato ad impugnare in sede di legittimità, anche laddove non avesse partecipato al processo di merito[20].

Con un parziale sforzo di immaginazione, ipotizzando quindi che si consolidasse l'orientamento espresso dalle sezioni unite del 2014 e, da ultimo, dalla sentenza qui commentata, ci si può chiedere quale sarebbe oggi l'esito delle citate pronunce in punto di legittimazione ad impugnare: rovesciando il loro assunto iniziale, ritenendo il condominio un "ente" – privo sì di personalità giuridica, ma comunque dotato di soggettività propria – si dovrebbe probabilmente ritenere che il condomino non sia parte originaria del processo e che, quindi, non sia legittimato da impugnare. Si è ora considerato l'istituto della legittimazione ad impugnare, ma lo schema appena delineato in ordine alle conseguenze della pronuncia in commento può, potenzialmente, trovare applicazione anche in altri ambiti del diritto processuale: più precisamente, ogni qual volta viene in rilievo l'autonomia soggettiva tra condominio e singolo condomino. Si può dunque concludere che, anche in materia di condominio, diritto processuale e diritto sostanziale inevitabilmente si intreccino: contribuendo, il primo, a delineare la natura giuridica del condominio; il secondo, invece, specularmente, influenzando sull'applicazione degli istituti di diritto processuale.

[18] Cfr. Cass. civ., sez. un., [19 aprile 2019, n. 10934](#).

[19] Cfr. MONEGAT, *Il condominio non ha personalità giuridica e l'amministratore non ne ha la rappresentanza processuale esclusiva: le azioni concernenti i beni comuni competono anche al singolo condomino*, in *Immobili e proprietà*, 2019, 6, p. 387.

[20] Circa i poteri processuali dei singoli condomini, si cita un passaggio della citata Cass. civ., [16 maggio 2011, n. 10717](#) «[...] i condomini, che devono essere considerati non terzi ma parti originarie, possono intervenire nel giudizio in cui la difesa dei diritti sulle parti comuni sia stata già assunta dall'amministratore; inoltre, possono ricorrere all'autorità giudiziaria autonomamente, sia nel caso di inerzia dell'amministratore, a norma dell'[art. 1105 c.c.](#), applicabile anche al condominio per il rinvio posto dall'[art. 1139 c.c.](#), sia allorché gli altri condomini non intendano agire o resistere in giudizio; possono infine esperire i mezzi di impugnazione necessari ad evitare gli effetti sfavorevoli della pronuncia resa nei confronti dell'amministratore [...]». Per un commento, cfr. CARBONE, *Legittimazione ad impugnare dei condomini*, in *Corr. Giur.*, 2011, 7, p. 909.

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.

Stefano Barbiani

È collaboratore delle cattedre di diritto processuale civile, diritto fallimentare e diritto processuale generale e dell'ordinamento giudiziario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

Giulia Baruffaldi

Avvocato del Foro di Lecco

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. Partecipa regolarmente come relatore a convegni scientifici, nazionali ed internazionali, e di aggiornamento professionale. Avvocato dal 2006, svolge la sua attività nei settori del contenzioso in materia civile e della crisi di impresa ed è membro del direttivo della Camera Civile di Varese.

Roberto Bonatti

Concluso il dottorato di ricerca, dal 2010 è ricercatore confermato e professore aggregato di diritto processuale civile nell'Università di Bologna. È autore di numerosi articoli e contributi, in riviste e in opere collettanee, prevalentemente sui temi del diritto europeo, del diritto della concorrenza, sull'arbitrato e sul rito del lavoro. Esercita la professione di avvocato, occupandosi di arbitrati, contenzioso civile e amministrativo e di consulenza, in particolare nel diritto della concorrenza, degli appalti pubblici e di diritto farmaceutico. Collabora ed è membro del board scientifico di alcune prestigiose riviste. In tutti questi ambiti, è stato relatore a numerosi convegni, anche di rilievo internazionale. Membro, tra le varie, dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile e della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti.

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.

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.

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 considerevole 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.

Cinzia Gamba

Professore Associato di Diritto fallimentare e Diritto processuale civile presso l'Università di Pavia

Gianni Ghinelli

Laurea con lode nel 2016 (Università di Bologna). Dopo alcune esperienze professionali presso Derra, Meyer und Partner (Bologna) e Dezan Shira & Associates (Shanghai), svolge oggi la pratica forense negli studi Schultze & Braun (Bologna) e Ghinelli (Rimini). Collabora con la Cattedra di Diritto Processuale Civile del Prof. Michele Angelo Lupoi (Università di Bologna).

Concetta Marino

È professore associato di Diritto processuale civile e insegna Diritto dell'esecuzione civile nell'Università di Catania ove è anche docente nella Scuola di specializzazione per le professioni legali. È componente del Comitato scientifico del Centro di ricerca sulla giustizia dei minori e della famiglia dell'Università di Catania e del Comitato di coordinamento scientifico che, in convenzione con l'Ateneo catanese, si occupa dell'organizzazione dei Corsi di alta formazione per i gestori della crisi da sovraindebitamento. È autrice della monografia *«La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di*

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 L'AULA CIVILE

Visita l'Aula Civile on line: www.aulacivile.it

nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale" (Giuffrè editore, 2005) e di ulteriori contributi sulla medesima materia, nonché in materie afferenti al diritto processuale della famiglia e al diritto dell'esecuzione civile, settori di suo particolare interesse.

Francesco Martire

Laureato con lode in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma 3, con una tesi in diritto amministrativo dal titolo "Gli obblighi di efficienza energetica delle Pubbliche Amministrazioni". Ha redatto una serie di approfondimenti sul tema dell'efficienza energetica pubblicati sul sito de "Laboratorio per L'Innovazione Pubblica". Fa parte dello staff editoriale del periodico semestrale dal titolo "Roma Tre Law Review" edita da Roma TrE-press. Svolge la pratica forense in Roma ed il tirocinio ai sensi dell'art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Corte di Cassazione.

Martina Mazzei

Si è laureata in giurisprudenza con lode e una tesi in diritto processuale civile dal titolo "Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale". È risultata vincitrice del premio di laurea per la miglior tesi in Diritto processuale civile, conferito dalla Fondazione Internazionale per la famiglia Clemente Fracassi e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tre. Attualmente svolge la pratica forense a Roma ed è tirocinante ex art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma. Collabora con diverse riviste giuridiche occupandosi prevalentemente di Diritto civile e Diritto processuale civile.

Mirco Minardi

Avvocato cassazionista del foro di Ancona. Oltre dieci anni fa ha aperto un blog, www.lexform.it in cui si è prevalentemente occupato di procedura civile, in particolare degli aspetti pratici legati al processo. In una prima fase, ha approfondito alcuni aspetti del giudizio di primo grado e del giudizio di appello, riversando i risultati delle proprie ricerche in alcune pubblicazioni (*Le insidie e i trabocchetti della fase di trattazione del processo di cognizione*, Lexform.it, 2009; *Le trappole del processo civile*, Giuffrè, 2010; *Il giudizio di appello: vademecum*, Giuffrè, 2011; *Gli strumenti per contestare la ctu*, Giuffrè, 2013). Da circa due anni il suo interesse scientifico si rivolge principalmente al giudizio di cassazione.

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 ADR, 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.

Alessandro Petronzi

Magistrato ordinario dal 2010, attualmente in servizio presso il Tribunale di Como, con funzioni di giudice civile (in particolare, responsabilità extracontrattuale), giudice delle esecuzioni immobiliari e giudice delegato ai fallimenti.

Mattia Polizzi

Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria (Varese e Como), cultore delle materie di diritto processuale civile presso il Di.D.E.C. e di diritto fallimentare presso il Di.ECO del medesimo Ateneo. I suoi ambiti di ricerca e studio sono il processo civile ordinario, i processi cautelari e sommari, l'esecuzione forzata, il diritto civilista dal 1993.

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.

Beatrice Irene Tonelli

Avvocato cassazionista, opera nel campo civile con particolare riferimento alla materia familiare, minorile e successoria, nonché alle procedure esecutive, anche in qualità di delegato alle vendite immobiliari. Dal 2008 è mediatore civile e commerciale presso l'organismo della camera di commercio di Firenze.

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.