ISSN 2612-8047

Le Pagine de L'Aula Civile

12 2019
dicembre

IN QUESTO NUMERO:

PROCEDURA TELEMATICA E OFFERTA DI ACQUISTO NELLA VENDITA IMMOBILIARE
CTU E MOTIVAZIONE "PER RELATIONEM"
TRUST E INTERVENTO DEL CONDOMINIO NELL'ESECUZIONE FORZATA
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E PROCESSO
NEW DEAL PER I CONSUMATORI
DANNO ANTITRUST ED ESIBIZIONE DELLE PROVE
CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO E ASPETTI PROCESSUALI

MAGGIOLI EDITORE

Le Pagine de

L'Aula Civile

12 2019

dicembre

IN QUESTO NUMERO:

PROCEDURA TELEMATICA E OFFERTA DI ACQUISTO NELLA VENDITA IMMOBILIARE

CTU E MOTIVAZIONE "PER RELATIONEM"

TRUST E INTERVENTO DEL CONDOMINIO NELL'ESECUZIONE FORZATA

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E PROCESSO

NEW DEAL PER I CONSUMATORI

DANNO ANTITRUST ED ESIBIZIONE DELLE PROVE

CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO E ASPETTI PROCESSUALI

MAGGIOLI EDITORE

L'Aula Civile

Comitato Scientifico

DIREZIONE:
Prof. Lupoi Michele Angelo

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

COMITATO DI REDAZIONE:
Alemanno Roberto
Ansanelli Vincenzo
Antonelli Alessio
Barbiani Stefano
Bernabei Guglielmo
Bonafine Alessio
Bonetti Dario
Briganti Elena
Caimi Emanuele
Cazzato Edoardo Carlo
Cianciosi Beatrice
D'Adamo Daniela
D'Addazio Alessia
Desiato Olga
Durello Laura
Galanti Lucilla
Ghinelli Gianni
Giardini Elisa
Guarnieri Maria Laura
Hepaj Ermelinda
Laboragine Oriana
Lombardini Ilaria
Manselli Maria Rosaria
Martire Francesco
Mazzei Martina
Mazzone Giorgio
Minardi Mirco
Molinaro Gabriele
Nascosi Alessandro
Orlando Sofia
Pailli Giacomo
Pasini Caterina
Petronzi Alessandro
Polinari Jacopo
Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tizi Francesca
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

ISSN 2612-8047

Tutti i diritti riservati È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore.
Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli Autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.
L'Autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'Editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

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

Sommario

PROCEDURA TELEMATICA E OFFERTA DI ACQUISTO NELLA VENDITA IMMOBILIARE

5 **Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla presentazione dell'offerta di acquisto nella vendita immobiliare, con particolare riferimento alle procedure telematiche**
di Beatrice Irene Tonelli

CTU E MOTIVAZIONE "PER RELATIONEM"

11 **Consulenza tecnica d'ufficio e valutazione giudiziale. La Cassazione continua a legittimare la motivazione "per relationem"**
di Vincenzo Ansanelli

COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

18 **Le patologie delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento tra la Legge n. 3/2012 ed il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza**
di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

TRUST E INTERVENTO DEL CONDOMINIO NELL'ESECUZIONE FORZATA

32 **Intervento del Condominio nell'esecuzione forzata per spese condominiali di immobili inclusi nel trust (Tribunale di Macerata, sentenza del 31 maggio 2019 n. 652)**
di Caterina Pasini

NEW DEAL PER I CONSUMATORI

35 ***New deal* per i consumatori: l'elaborazione della direttiva UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi**
di Caterina Silvestri

PATTUIZIONE DEL COMPENSO PROFESSIONALE

37 **La valutazione in concreto della legittimità della pattuizione del compenso professionale (Nota a Cassazione civile, sez. II, 16 Ottobre 2019, n. 26212)**
di Massimiliano Bina

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E PROCESSO

42 **Nuovi scenari su Intelligenza Artificiale e giustizia civile**
di Ilaria Lombardini

DANNO ANTITRUST ED ESIBIZIONE DELLE PROVE

61 **L'esibizione delle prove nelle azioni di risarcimento del danno antitrust alla luce dei nuovi indirizzi della Commissione europea**
di Enrico Spagnolello

NATURA DEL TERMINE EX ART. 588 C.P.C.

65 **Ordinatorietà del termine ex art. 588 c.p.c. (Nota a Tribunale di Varese, Sez. II civ., ordinanza 13 luglio 2019)**
di Emanuele Caimi

CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO E ASPETTI PROCESSUALI

68 **Quesiti e risposte su alcuni aspetti processuali del contratto di mutuo fondiario**
di Marco Farina

ACCORDI STRAGIUDIZIALI DI RISOLUZIONE DELLA CRISI CONIUGALE NELL'UE

76 **La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi stragiudiziali di risoluzione della crisi coniugale. Prime riflessioni sul Regolamento UE 2019/1111**
di Francesca Tizi

90 **Sulla compensazione delle spese processuali ai sensi dell'art. 92, comma 2 c.p.c.**
di Elisabetta Silvestri

PROCEDURA TELEMATICA E OFFERTA DI ACQUISTO NELLA VENDITA IMMOBILIARE

Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla presentazione dell'offerta di acquisto nella vendita immobiliare, con particolare riferimento alle procedure telematiche

di Beatrice Irene Tonelli

del 2 dicembre 2019

Sommario

1. La disciplina delle vendite telematiche
2. L'ordinanza di vendita del giudice dell'esecuzione come lex specialis della fase liquidatoria
3. Conclusioni

1. La disciplina delle vendite telematiche

Negli ultimi anni, il processo di espropriazione forzata è stato oggetto di numerosi interventi legislativi volti a conseguire maggiore efficienza e celerità in questa fase cruciale per l'effettivo soddisfacimento delle ragioni creditorie[1].

Nodo centrale è la disciplina del subprocedimento di vendita del bene pignorato, funzionalmente destinato a consentire la liquidazione e il successivo riparto del ricavato. Nel dichiarato intento di ampliare le possibilità di partecipazione alle vendite giudiziarie, così consentendo alla procedura espropriativa di conseguire un maggior realizzo, è stato introdotto nel nostro sistema il procedimento di vendita telematica, mobiliare e immobiliare, che si svolge, in parte, attraverso il portale delle vendite pubbliche presso il Ministero della Giustizia (P.V.P.)[2] ed in parte attraverso la piattaforma telematica predisposta da società private che svolgono la funzione di gestore della vendita[3].

Accedendo al portale, qualsiasi utente può cercare e visualizzare le informazioni sugli annunci di vendita pubblicati, richiedere al custode giudiziario la visita di un immobile oggetto di espropriazione, compilare un'offerta telematica di acquisto, iscriversi a un servizio per la ricezione degli annunci di vendita di suo interesse, consultare la normativa, visualizzare gli annunci di vendita dei singoli Tribunali, leggere le notizie e gli avvisi. Accedendo alla piattaforma virtuale predisposta dal gestore della vendita, invece, si svolge la fase della valutazione delle offerte, della eventuale gara tra offerenti e della aggiudicazione.

Il cambiamento delle modalità di vendita, tuttavia, ha ge-

[1] DECRETO-LEGGE 27 giugno 2015, n. 83 «Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria» (GU n.147 del 27-6-2015) convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 (in SO n. 50, relativo alla G.U. 20/08/2015, n. 192).DECRETO-LEGGE 3 maggio 2016, n. 59 «Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonche' a favore degli investitori in banche in liquidazione" (GU n.102 del 3-5-2016) convertito con modificazioni dalla L. 30 giugno 2016, n. 119 (in G.U. 02/07/2016, n. 153).

[2] DECRETO 26 febbraio 2015, n. 32 «Regolamento recante le regole tecniche e operative per lo svolgimento della vendita dei beni mobili e immobili con modalita' telematiche nei casi previsti dal codice di procedura civile, ai sensi dell'articolo 161-ter delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile. " (GU n.69 del 24-3-2015);

[3] per le problematiche connesse alla scelta del gestore, dato il mercato concorrenziale tra gli operatori in possesso dei requisiti di legge per svolgere tale funzione, e in merito al conferimento del relativo incarico cfr. Studio del Notariato 20 maggio 2019 18/E.

nerato svariate problematiche interpretative, e conseguenti difficoltà pratiche in fase applicativa[4].
Non soltanto il soggetto interessato a presentare un'offerta dovrà cimentarsi con l'utilizzo, obbligatorio, del portale delle vendite pubbliche e della piattaforma telematica, ma potrà incorrere in una variegata casistica di *irregolarità* tali da sollevare incertezze sulla validità ed efficacia della offerta o della conseguente aggiudicazione.
I singoli Tribunali hanno cercato di ovviare a tali problematiche elaborando delle prassi e/o delle direttive di carattere generale attraverso lo strumento di circolari e protocolli[5]; l'esigenza di armonizzare le prassi è stata avvertita con chiarezza anche dal C.S.M. che ha emanato proprie linee guida[6], collegate ad un progetto di monitoraggio tramite l'osservatorio permanente[7]. Se da un lato l'adozione di prassi condivise sembra favorire la riduzione del contenzioso, dall'altro l'applicazione pratica solleva costantemente questioni nuove e di non facile risoluzione.

2. L'ordinanza di vendita del giudice dell'esecuzione come lex specialis della fase liquidatoria

Concentrando il discorso sul tema delle vendite immobiliari, è assunto pacificamente condiviso che l'ordinanza di vendita del bene pignorato emanata dal giudice dell'esecuzione costituisca la *lex specialis* della singola vendita. Ed infatti, ai sensi dell'art. 569 c.p.c., nell'ordinanza che dispone la vendita forzata, il giudice dell'esecuzione fissa il termine, non inferiore a novanta giorni e non superiore a centoventi, entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto senza incanto, determina le modalità con cui deve essere prestata la cauzione, se la vendita sia fatta in uno o più lotti, il prezzo base, l'offerta minima, il termine, non superiore a centoventi giorni dall'aggiudicazione, entro il quale il prezzo dev'essere depositato, con le modalità del deposito e, quando ricorrono giustificati motivi, anche le modalità di versamento rateale entro un termine non superiore a dodici mesi. Nell'esercitare il potere ordinatorio, le peculiari modalità esecutive stabilite dal giudice dell'esecuzione nell'ordinanza di vendita sono di per sé obbligatorie per tutti i soggetti coinvolti nel subprocedimento di vendita.
La Suprema Corte [8] ha infatti affermato il principio per cui le condizioni del subprocedimento di vendita, come fissate dal giudice dell'esecuzione anche in relazione ad eventuali particolari modalità di pubblicità, pure ulteriori o diverse rispetto a quelle minime stabilite dall'art. 490 cod. proc. civ., devono essere scrupolosamente rispettate, a garanzia del mantenimento - per tutto lo sviluppo della vendita forzata - dell'uguaglianza e della parità di condizioni iniziali tra tutti i potenziali partecipanti alla gara, nonché dell'affidamento di ognuno di loro sull'una e sull'altra e, di conseguenza, sulla trasparenza assicurata dalla coerenza ed immutabilità delle condizioni tutte e sulla complessiva legalità della procedura; pertanto, al loro rispetto hanno interesse tutti i soggetti del processo esecutivo, compreso il debitore; ed esse vanno applicate - a meno di revoca o modifica o di impugnazione fruttuosamente esperita prima dell'espletamento della vendita - rigorosamente, determinando una qualsiasi inottemperanza illegittimità dell'aggiudicazione che ugualmente ne segua, per vizi dello stesso sub procedimento di vendita.
Non è infrequente che la disciplina dettata nella originaria ordinanza di delega debba essere modificata o rivista anche solo a causa del passare del tempo, e, tenuto conto della mole delle procedure pendenti, specialmente nei Tribunali di maggiori dimensioni, risulterebbe estremamente difficoltoso adottare provvedimenti modificativi per ogni singolo fascicolo. Si è pertanto instaurata la prassi di emanare provvedimenti di carattere generale che modifichino ed uniformino le condizioni di vendita per tutte le procedure pendenti alla data della loro pubblicazione[9].
Quid juris nel caso in cui l'ordinanza di vendita emanata dal giudice dell'esecuzione della singola procedura pre-

[4] in merito ai vari modelli di vendita telematica, e relative problematiche applicative affrontate in via di prassi cfr. Auletta A., *Prassi dei Tribunali a confronto e criticità connesse all'esperimento delle vendite forzate in forma telematica*, in www.inexecutivis.it e Studio del Notariato 18-2019 del 20 maggio 2019

[5] Tale fenomeno si era già manifestato all'indomani della riforma del 2015 sulle nuove modalità di vendita immobiliare con l'elaborazione di un modello generale di delega delle operazioni di vendita e con direttive operative cfr. le prassi operative Tribunale Milano 15 settembre 2015; Tribunale di Trani 15 settembre 2015; Tribunale di Alessandria 20 luglio 2015; Tribunale Ivrea 17 settembre 2015; Tribunale di Firenze 28 settembre 2015 richiamate in Studio del Notariato 18-2019 del 20 maggio 2019

[6] Sul punto cfr. De Luca M.T. *Le linee guida del C.S.M. sulle espropriazioni immobiliari* in *Diritto.it*

[7] cfr. Buone prassi nel settore delle esecuzioni immobiliari - linee guida CSM (delibera 11 ottobre 2017); Osservatorio permanente per l'efficienza delle procedure esecutive e l'attuazione delle buone prassi. Ricognizione sugli esiti del primo anno di applicazione CSM (delibera 3 luglio 2019) su www. csm.it

[8] Corte di Cass. Sez. VI, 7 maggio 2015, n. 9255

[9] Tribunale di Firenze (circolare 11 maggio 2018 su www.ordineavvocatifirenze.it) Tribunale di Sassari (circolare 2-2018 dell'ufficio esecuzioni immobiliari del 10 aprile 2018 su www.tribunale.sassari.it); Tribunale di Lanusei (circolare 5 dicembre 2018 e circolare 25 febbraio 2019 su www.tribunalelanusei.it)

veda dei termini diversi da quelli indicati in un successivo provvedimento di carattere generale adottato dal Tribunale?

Si è posto un caso in cui l'ordinanza di vendita prevedeva il termine perentorio di sessanta giorni per il versamento del saldo prezzo mentre, con successivo provvedimento di carattere generale, il giudice dell'esecuzione aveva ampliato il termine fino a novanta giorni, per tutte le vendite già fissate o da fissarsi. L'offerente, resasi aggiudicataria, riteneva quindi di poter adempiere nel termine più lungo di novanta giorni, seppure diverso da quello previsto nella ordinanza di vendita, e la Suprema Corte[10] ha confermato che il giudice dell'esecuzione ha il potere di operare la *«modifica totalitaria di tutte le deleghe già conferite, adottando un provvedimento generale modificativo delle condizioni di svolgimento di tutte le vendite forzate dell'Ufficio, purché lo stesso sia emesso prima dell'esperimento di vendita e debitamente pubblicizzato nelle forme di cui all'art. 490 c.p.c*.»[11].

Quid juris in caso di difformità dell'offerta presentata rispetto a quanto stabilito nell'ordinanza che dispone la vendita, quando le divergenze non riguardano le prescrizioni di legge, ma altre prescrizioni di dettaglio stabilite dal giudice di propria iniziativa ed in assenza di una previsione normativa in tal senso?

La giurisprudenza di legittimità[12] si è già espressa, in merito ad una vicenda svoltasi sotto l'applicazione della normativa di riferimento in tema di espropriazione immobiliare nei testi anteriori alle riforme della stagione 2005-2006, ritenendo non efficace l'offerta corredata da una cauzione corretta nell'ammontare, ma versata con modalità difformi da quelle stabilite nell'ordinanza che dispone la vendita, e precisamente perché tratta su un istituto di credito diverso da quello indicato dal giudice dell'esecuzione, a nulla rilevando che la difformità riguardasse prescrizioni non contemplate nella legge ma stabilite dal giudice dell'esecuzione di propria iniziativa.

Di recente, invece, il tribunale di Ascoli Piceno[13] ha affrontato il caso di una vendita immobiliare senza incanto di più lotti, delegata ad un notaio. Per ciascun lotto erano pervenute diverse offerte, contenenti l'indicazione del lotto e/o la descrizione del bene per il quale veniva presentata l'offerta, ma prive della specifica indicazione dei relativi dati catastali. Il notaio delegato alla vendita aveva quindi ritenuto inefficace l'offerta mancante di tale indicazione che nell'ordinanza di delega era contemplata. Sempre nella stessa procedura, altre offerte erano state ritenute inefficaci in quanto non contenevano l'espressa dichiarazione ai sensi del D.M. 22 gennaio 2008 n. 37 e D. Lgs. 192/2005 che l'offerente si dichiarava edotto dell'ordinanza di vendita e dell'elaborato peritale e dispensava la procedura dal produrre sia la certificazione relativa alla conformità degli impianti, alle norme di sicurezza, sia la certificazione o attestato di qualificazione energetica, sia quella relativa alla conformità catastale, manifestando di voler assumere direttamente tali incombenze.

Gli offerenti esclusi aveva quindi presentato ricorso avverso il provvedimento del delegato (ex art. 591 ter c.p.c.) accolto dal giudice dell'esecuzione che aveva revocato l'esclusione dell'offerta e l'aggiudicazione all'unico offerente la cui offerta era stata dichiarata efficace, disponendo di procedere a gara tra tutti gli offerenti. Tale provvedimento veniva quindi reclamato dall'aggiudicatario ex art. 669 *terdecies* c.p.c. e deciso dal Tribunale.

Il Collegio ha confermato in linea di principio che debbano essere escluse le offerte carenti di requisiti prescritti a pena di inefficacia dall'ordinanza di delega o dall'avviso del delegato o dalle condizioni generali di vendita. Tale sanzione tuttavia deve risultare in modo espresso, univoco, chiaro e non contraddittorio, poiché le condizioni di forma, sostanza e tempo da cui il subprocedimento di vendita è scandito devono essere conoscibili e chiare sin dall'avvio[14].

Nella motivazione, il tribunale piceno richiama uno studio del Consiglio Nazionale del Notariato[15] osservando che, dal punto di vista processuale, la violazione delle regole di procedura in tema di nullità consente la sanatoria per il raggiungimento dello scopo, e che ai fini della validità dell'offerta è essenziale che siano individuati in modo inequivoco il prezzo offerto e l'identità dell'offe-

[10] Corte di Cass. Sez. III 24 febbraio 2015 n. 3607
[11] Corte di Cass. Sez. III, 5 ottobre 2018, n.24570
[12] Corte di Cass., sez. III, sentenza 24.07.2012 n. 12880
[13] Tribunale di Ascoli Piceno ordinanza 17 gennaio 2019 su www.ilcaso.it
[14] S.U. 12.01.2010 n. 262
[15] Studio n.19-2011/E, seguito dal recentissimo Studio n. 18-2019/E in tema di vendite telematiche e dallo Studio n.19-2018/E in tema di vendita forzata immobiliare telematica

rente. Ove tali elementi essenziali siano presenti, vi sarebbe quindi margine per valutare irrilevanti mere irregolarità, o per sanarle.
Quanto alla carenza nell'offerta di vendita dei dati catastali del bene, tale difetto non impedisce il raggiungimento dello scopo dell'offerta, ove da altri elementi emerga inequivocabilmente quale sia il bene per il quale l'offerta è formulata. Ciò a maggior ragione considerando che neppure il pignoramento è inficiato dall'erronea identificazione catastale del bene pignorato, ove non comporti assoluta incertezza sul bene stesso[16] e che all'esito del subprocedimento di vendita può essere trasferito solo il bene descritto nell'ordinanza di vendita e oggetto dell'esecuzione (art. 586 c.p.c.).
Quanto alla dichiarazione con cui l'offerente attesta di essere edotto dell'ordinanza di vendita e dell'elaborato peritale e di dispensare la procedura dal produrre sia la certificazione relativa alla conformità degli impianti, alle norme di sicurezza, sia la certificazione o attestato di qualificazione energetica, sia quella relativa alla conformità catastale, manifestando di voler assumere direttamente tali incombenze, ove non allegata all'offerta, deve ritenersi che il difetto possa essere sanato all'esito dell'aggiudicazione con tempestivo deposito entro un termine assegnando.
Sotto altro aspetto, l'ordinanza che dispone la vendita assume centralità di funzione del procedimento liquidatorio poiché individua il contenuto dell'incarico al professionista delegato che è chiamato ad adempiervi. L'attività del delegato è subordinata al complesso di dettami schematizzati dall'ordinanza di delega ricevuta, perché è da quella che ricava compiutamente la titolarità dei suoi poteri[17]. In particolare, la determinazione delle forme della vendita è zona di riserva esclusiva del giudice dell'esecuzione, e non può mai essere invasa dal professionista delegato, sicché anche a fronte di mutamenti legislativi, la disciplina della vendita dettata nell'ordinanza non può essere modificata o integrata dal professionista delegato.
Di conseguenza, il professionista delegato deve attenersi alle disposizioni del giudice dell'esecuzione e non può inserire nell'avviso di vendita prescrizioni non previste dal provvedimento giurisdizionale. In ogni caso, tali prescrizioni ove disattese non potrebbero inficiare la validità dell'offerta. Il controllo sull'operato del delegato sarà eventualmente rimesso al giudice dell'esecuzione su ricorso degli interessati, ai sensi dell'art. 591 ter c.p.c.[18]
D'altro canto, l'introduzione della vendita telematica ha in parte modificato i requisiti di contenuto dell'offerta, andando a integrare le disposizioni di rito che, di fatto, si limitano a prescrivere che l'offerta non è efficace se perviene oltre il termine assegnato, se è inferiore di oltre un quarto al prezzo stabilito dall'ordinanza o se l'offerente non presta cauzione, con le modalità stabilite nell'ordinanza di vendita, in misura non inferiore al decimo del prezzo da lui proposto.
Secondo l'art. 12 del D.M. 32/2015, l'offerta per la vendita telematica deve contenere: i dati identificativi dell'offerente, con l'espressa indicazione del codice fiscale o della partita IVA, l'ufficio giudiziario presso il quale pende la procedura; l'anno e il numero di ruolo generale della procedura; il numero o altro dato identificativo del lotto, la descrizione del bene, l'indicazione del referente della procedura, la data e l'ora fissata per l'inizio delle operazioni di vendita, il prezzo offerto e il termine per il relativo pagamento, salvo che si tratti di domanda di partecipazione all'incanto, l'importo versato a titolo di cauzione, la data, l'orario e il numero di CRO del bonifico effettuato per il versamento della cauzione, il codice IBAN del conto sul quale è stata addebitata la somma oggetto del bonifico, l'indirizzo della casella di posta elettronica certificata, utilizzata per trasmettere l'offerta e per ricevere le comunicazioni, l'eventuale recapito di telefonia mobile ove ricevere le comunicazioni.
Si tratta di dati che devono essere inseriti nel modulo telematico sul portale ministeriale, e quindi non vi è possibilità di ometterli, dato che il sistema impedisce di procedere in mancanza di compilazione dei campi.
Vi sono però alcune lacune di controllo, rilevanti per la successiva delibazione sull'offerta, dato che, ad esempio, il sistema non verifica se il codice fiscale sia corretto rispetto ai dati anagrafici del soggetto, non controlla se la data inserita come termine ultimo di pagamento del saldo prezzo rientri nel limite imposto dall'ordinanza, non verifica che l'IBAN del conto su cui è stato effettuato il bonifico sia quello della procedura in oggetto e così via.

[16] Corte di Cass., sez. VI, 31.01.2014 n. 2110

[17] Leuzzi, *L'ordinanza di vendita quale "lex specialis" della fase liquidatoria: prospettive, conseguenze, le chiavi di lettura, alla luce degli orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione. Uno sguardo particolare alla vincolatività delle condizioni stabilite in ordinanza e ai suoi possibili corollari in tema di "vendite telematiche"* su ww.inexecutivis.it

[18] Cfr. Briganti E. "Esecuzioni immobiliari: il ruolo del Professionista Delegato e il controllo sul suo operato" in *questa rivista*.

Ed ancora, né le norme primarie né le norme tecniche stabiliscono quali allegati debbano essere inseriti nella compilazione dell'offerta, ma le disposizioni sulle vendite dei singoli tribunali prevedono una serie di produzioni documentali. A titolo di esempio, l'offerente che agisca quale legale rappresentante di altro soggetto deve allegare il certificato del registro delle imprese o la visura camerale oppure la procura o la delibera che giustifichi i poteri, il genitore che agisce come offerente per il figlio minore deve allegare il provvedimento autorizzativo del giudice tutelare, l'offerente che intenda usufruire di agevolazioni fiscali deve allegare le relative dichiarazioni, l'offerente deve allegare la dichiarazione di presa visione della perizia di stima e dell'avviso di vendita, di dispensa degli organi della procedura dalla produzione sia della certificazione di conformità degli impianti alle norme sulla sicurezza, sia dell'attestato di prestazione energetica e così via.
Se l'allegazione di tali documenti è prescritta nell'ordinanza di vendita, e nel conseguente avviso di vendita del delegato, a pena di inefficacia, ogni offerta carente dovrà essere dichiarata invalida.
Va tuttavia segnalato che, a differenza dei dati elencati nelle norme tecniche, il cui mancato inserimento impedisce di procedere nella presentazione dell'offerta, il sistema non attua alcun tipo di controllo sulla presenza o assenza degli allegati prescritti in base all'ordinanza di vendita e quindi, sotto questo aspetto, l'utilizzo di modalità telematiche per la compilazione non previene il rischio di presentazione di offerte incomplete.
Altra questione complessa riguarda le specifiche pubblicate dal Direttore del DGSIA che contemplano, oltre al soggetto "Offerente" descritto come "persona fisica o giuridica che formula l'offerta", una figura giuridica del tutto inedita, ovvero il "Presentatore" descritto come "Soggetto che compila ed eventualmente firma l'Offerta telematica prima di presentarla con specificato titolo per ciascun offerente".
La figura del presentatore è stata prevista solo nel provvedimento di un organo tecnico ed è essenzialmente finalizzata a facilitare l'accesso del cittadino ai nuovi strumenti di asta telematica, poiché il divario tra i potenziali offerenti nella capacità di utilizzo degli strumenti tecnologici, o persino nel possesso degli stessi, avrebbe altrimenti determinato una ingiustificata disparità di trattamento e limitato, anziché ampliato, la possibilità di accesso alle vendite pubbliche.
Per poter presentare una offerta e partecipare ad una asta telematica, infatti, l'offerente deve essere dotato di un computer, di una connessione internet, di adeguati software per la navigazione e la visualizzazione dei documenti on line, di una firma digitale, di una casella di posta elettronica certificata.
È stata quindi prevista, a livello tecnico, la possibilità che il presentatore e l'offerente possano non coincidere.
Tali disposizioni operative, tuttavia, devono essere raffrontate con le norme primarie che regolano la materia, e quindi in particolare per le vendite senza incanto con l'art. 571 c.p.c. per il quale l'offerta per l'acquisto deve essere proposta *"personalmente o a mezzo di procuratore legale anche a norma dell'ultimo comma dell'art. 579"*. Fermo il fatto che il termine "procuratore legale" debba intendersi sostituito con quello di "avvocato", anche alla luce di quanto disposto dall'art. 3 della Legge n. 27/1997, ci si chiede se il presentatore diverso dall'offerente debba operare avendo ricevuto una procura speciale notarile, e se detta procura debba essere allegata alla presentazione dell'offerta.
Il primo aspetto problematico è legato al fatto che nessuna norma tecnica, e nessuna norma di rango primario, esplicitamente esclude che il presentatore possa veicolare più offerte di offerenti diversi per il medesimo lotto. Ciò costituirebbe tuttavia un innegabile violazione del principio di segretezza delle offerte, e quindi la prassi di molti uffici giudiziari è di prevedere espressamente che il medesimo presentatore possa veciolare una sola offerta nell'ambito della medesima vendita forzata telematica.
Il secondo aspetto problematico, collegato al precedente, è quello relativo alla verifica dell'identità dell'offerente e del presentatore. Nella vendita con modalità tradizionali, l'offerente si presentava personalmente, o a mezzo di procuratore, alla udienza per la vendita e veniva identificato inequivocabilmente dal giudice o dal delegato attraverso la verifica dei documenti di identità.
Nell'attuale struttura della presentazione delle offerte telematiche, e nella partecipazione all'asta, difetta un controllo altrettanto efficace. Ed infatti, l'utilizzo di una casella di posta elettronica certificata e di una firma digitale, di per sé, non consente di accertare l'identità di chi effettivamente operi al terminale, procedendo al deposito dell'offerta o partecipando alla gara. Basti pensare al fatto che le credenziali per accedere alla casella di posta certificata, o il pin della firma digitale, possono essere ceduti consensualmente, ma anche sottratti o utilizzati abusivamente. A ciò non sopperisce neppure l'allegazione della copia di un documento di identità dell'offerente o del presentatore, poiché anche queste sono in ultima analisi semplici copie digitali di originali cartacei che potrebbero essere state consegnate ad altri fini, o prelevate all'insaputa del titolare. Per lo stesso motivo, anche la previsione che il presentatore possa depositare l'offerta per un solo offerente, può essere facilmente aggirata se ciascun offerente, dotato di una

propria casella pec non identificativa e di una propria firma digitale, consegna le credenziali al medesimo intermediario che quindi presenterà offerte apparentemente autonome, ma conoscendone il contenuto e i termini.
L'invio dell'offerta, firmata digitalmente, attraverso una pec non identificativa, non ne assicura la riferibilità all'offerente, poiché il sistema non prevede alcun controllo volto a verificare che la pec a cui le credenziali sono trasmesse sia effettivamente intestata all'offerente, e il rilascio di una pec non identificativa non presuppone neppure la previa identificazione del richiedente.
Ed ancora, il sistema non offre alcuna modalità per verificare chi partecipi alla gara. Una volta inviata la pec con allegata l'offerta, infatti, il gestore trasmette le credenziali di accesso alla aula virtuale all'indirizzo indicato nell'offerta. Utilizzando lo username e la password forniti dal gestore, chiunque può accedere all'aula virtuale e partecipare alla gara, fare rilanci, aggiudicarsi il lotto.
Molti tribunali si sono quindi orientati a ritenere necessario che l'offerente conferisca una procura speciale notarile al presentatore per compiere tutte le attività relative alla presentazione dell'offerta e alla partecipazione all'asta, e che tale procura debba essere allegata al modulo di presentazione dell'offerta stessa. Va segnalato però che, da un lato, nella compilazione dei campi, il sistema telematico non impone l'allegazione di tale documento e quindi l'offerta può essere completata e spedita senza che l'offerente percepisca l'assenza di un requisito prescritto, per tale procedura, a pena di inefficacia.
Dall'altro, per quanto sopra esposto, anche l'allegazione all'offerta di una procura notarile non fornisce alcuna certezza sul fatto che, al momento della gara, siano presenti il presentatore e/o l'offerente indicati nella procura notarile, o che non vi sia piuttosto un solo soggetto il quale, avvalendosi della possibilità materialmente consentita dal sistema informatico, abbia ricevuto le credenziali per ciascun offerente e operi contemporaneamente per più d'uno eseguendo rilanci che non risulterebbero formulati in nome e per conto degli offerenti ma ad essi direttamente ascrivibili.
In particolare, appare evidente che per garantire l'identità di un soggetto in un ambiente virtuale devono essere utilizzati strumenti telematici, e risulta illusorio utilizzare risposte vecchie a domande nuove.
Le norme tecniche prevedevano, infatti, che l'invio dell'offerta dovesse avvenire attraverso una pec identificativa, ovvero una casella di posta elettronica certificata le cui credenziali di accesso siano state rilasciate previa identificazione del titolare, c.d. pec-id, rilasciata da un gestore autorizzato dal Ministero di Giustizia ai sensi dell'art. 12, comma 4, del D.M. n. 32/2015, il cui utilizzo è limitato alla sola partecipazione alla vendita telematica, ma ad oggi il sistema non è operativo in quanto non vi sono gestori iscritti nel registro PEC per la vendita telematica.

3. Conclusioni

A fronte del lacunoso ed insoddisfacente quadro normativo, i tribunali si sono dotati di circolari, di protocolli e di modelli di ordinanza di delega per regolamentare in modo uniforme i subprocedimenti di vendita nelle espropriazioni immobiliari, e tuttavia tra le varie sedi si ravvisano orientamenti eterogenei.
Non solo, ma anche nello stesso ufficio giudiziario, la successione di modelli di ordinanza di vendita diversi, che ad esempio prevedano per le procedure più risalenti l'esperimento di tentativi di vendita tradizionali e per quelle nuove le vendite telematiche, o eventualmente miste, generano un panorama frammentario e disorganico.
Nello specifico, la vendita telematica impone all'offerente di dotarsi di strumenti tecnologici e di districarsi nella obiettiva complessità del sistema telematico di presentazione dell'offerta. Basti pensare che, dopo aver compilato i sei passaggi del modulo ministeriale, il sistema elabora un file. xml riepilogativo dei dati inseriti, che l'offerente deve scaricare e firmare digitalmente, e tale file deve essere ricaricato sul portale, che invia all'offerente il link per recuperare l'offerta, che dovrà essere nuovamente scaricata per essere allegata alla pec ed inviata all'indirizzo del portale delle vendite pubbliche, unitamente alla ricevuta di pagamento del bollo virtuale che dovrà essere versato collegandosi al portale dei servizi telematici, inserendo il codice univoco ricevuto con la comunicazione per il recupero dell'offerta.
Prevedere, infine, in uno scenario così complesso, multiforme e mutevole, che ogni difformità dell'offerta, rispetto ad ogni prescrizione contenuta nell'ordinanze di vendita, ne comporti l'inefficacia, senza alcun vaglio riguardo alla essenzialità del requisito prescritto, con esclusione di qualsiasi possibilità di rettifica o integrazione successiva, aggrava ingiustificatamente la posizione degli offerenti, aumenta il rischio di fallimento di tentativi di vendita per mancanza di offerte valide, aumenta la possibilità per i controinteressati (non aggiudicatari, debitore ecc.) di sollevare opposizioni sia alle offerte, sia alle successive aggiudicazioni, anche per mere irregolarità, con ulteriore aggravio del sistema giudiziario risultando, in ultima analisi, contrario al principio di celerità ed efficienza che dovrebbe improntare il procedimento esecutivo.

CTU E MOTIVAZIONE "PER RELATIONEM"

Consulenza tecnica d'ufficio e valutazione giudiziale. La Cassazione continua a legittimare la motivazione "per relationem"

di Vincenzo Ansanelli

del 3 dicembre 2019

Sommario

1. Consulenza tecnica d'ufficio e configurazione degli obblighi motivazionali del giudice nel caso in esame
2. Consulenza tecnica d'ufficio e configurazione degli obblighi motivazionali del giudice nel caso in esame
3. Critiche alle impostazioni tradizionali concernenti la valutazione giudiziale della consulenza tecnica d'ufficio
4. Conclusioni

1. Consulenza tecnica d'ufficio e configurazione degli obblighi motivazionali del giudice nel caso in esame

Cassazione Civile, Sez. II, ordinanza 31 agosto 2018 n. 21504

Con il proprio ricorso per Cassazione parte ricorrente censurava - fra gli altri motivi di ricorso - il fatto che il giudice di merito nella propria sentenza si fosse limitato a recepire acriticamente le conclusioni fornite dall'esperto (qualificando, peraltro, tali conclusioni alla stregua di una *mera ipotesi* priva di qualsivoglia validità scientifica o riscontro fattuale), lamentando pertanto l'assenza di un'adeguata motivazione su di un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Invero, con l'ordinanza in commento la Suprema Corte ribadisce un principio alquanto consolidato in sede di legittimità, in forza del quale si ritiene che "ove il giudice di merito riconosca convincenti le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, non è tenuto a esporre in modo specifico le ragioni del suo convincimento, in quanto l'obbligo della motivazione è assolto già con l'indicazione delle fonti dell'apprezzamento espresso, dalle quali possa desumersi che le contrarie deduzioni delle parti siano state implicitamente rigettate"[1]. Pertanto, prosegue la Suprema Corte, non incorre nel vizio di motivazione la sentenza che recepisca *per relationem* le conclusioni e i passi salienti della relazione peritale della quale il giudice dichiari (apoditticamente?) di condividerne il merito, "ancorché il giudice ancorché si limiti a riconoscere quelle conclusioni come giustificate dalle indagini esperite e dalle spiegazioni contenute nella relativa relazione"[2]. E peraltro - sem-

[1] Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 31 agosto 2018 n. 21504. In senso del tutto conforme v. Cass. Civ., Sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 4352, rv. 653010-01; Cass. Civ., Sez. I, 11 giugno 2018, n. 15147, rv. 649560-01; Cass. Civ., Sez. III, 23 marzo 2017, n. 7402; Cass. Civ., Sez. I, 3 giugno 2016, n. 11482, rv. 639844. Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2018, n. 30885; Cass. Civ., Sez. II, 29 dicembre 2017, n. 31142; Cass. Civ., Sez. II 16 dicembre 2016, n. 26059; Cass. Civ., Sez. II, 22 marzo 2016, n. 5600; Cass. Civ., Sez. III, 30 novembre 2015, n. 24340; Cass. Civ., Sez. Lav., 25 ottobre 2013, n. 24182; Cass. Civ., Sez. I, 6 maggio 2010, n. 11009; Cass. Civ., Sez. Lav., 7 luglio 2008, n. 18584; Cass. Civ., Sez. III, 6 ottobre 2005, n. 19475; Cass. civ., Sez. I, 8 maggio 2003, n. 6970; In dottrina, fra i molti possibili riferimenti, sia consentito il rinvio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ad Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile - Problemi e funzionalità*, 2011, Milano, *passim*; Id., *La consulenza tecnica*, in Taruffo (a cura di), *La prova nel processo civile*, 2012, Milano spec. pagg. 1062 e ss.; Id., *Il controllo giudiziale delle informazioni tecnico-scientifiche nel processo civile, in* Aa.Vv., *Problemi relativi alla prova nel processo civile*, 2016, Bologna, pagg. 78 e ss.

[2] Sull'ormai pressoché pacifica possibilità di motivare *per relationem* attraverso il semplice richiamo alle conclusioni peritali, si v., ad es., Corte App. Catania, Sez. II, 14 giugno 2019; Cass. Civ., Sez. I, 24 dicembre 2013, n. 28647, rv. 628930; Cass. Civ., Sez. Lav., 23 aprile 2013, n. 9778; Cass. Civ., Sez. V, 11 maggio 2012, n. 7364 (rv. 622900). Per alcuni riferimenti in dottrina sul punto, si vedano: Agnino, *Motivazione per relationem alla sentenza di primo grado e condizioni legittimanti*, in *ilprocessocivile.it*, 2018; Ansanelli, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, in *Riv. trim. proc. dir. civ.*, 2002, pagg. 1333 e ss.; Salomone, *Sul-*

pre secondo il ragionamento seguito dal giudice di legittimità nel caso di specie - deve ritenersi che il giudice del merito, aderendo alle conclusioni del consulente tecnico che abbia a sua volta replicato ai rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione "con l'indicazione delle fonti del suo convincimento".
Di conseguenza, può dirsi in sostanza sedimentato il principio di diritto in forza del quale, affinché la sentenza possa considerarsi adeguatamente motivata, non sarà quindi necessario che il giudice prenda in esame anche le diverse conclusioni offerte dai consulenti tecnici di parte che, seppur non espressamente confutate, dovranno considerarsi implicitamente disattese in quanto incompatibili con le conclusioni rassegnate dal consulente tecnico d'ufficio.
Infine, conclude la Cassazione nel rigettare il motivo di ricorso, le critiche dei consulenti tecnici di parte che tendano al riesame di elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico d'ufficio, si risolvono in mere argomentazioni difensive il cui mancato esame non può mai integrare né il vizio di motivazione previsto dall'art. 360 n. 5 c.p.c. né la violazione di legge *ex*art. 360 n. 3 c.p.c.[3].

2. Consulenza tecnica d'ufficio e configurazione degli obblighi motivazionali del giudice nel caso in esame

Due circostanze concernenti l'utilizzazione delle conoscenze tecnico-scientifiche nel processo sembra possano considerarsi oggi parimenti note e diffuse nella percezione degli operatori del diritto. Si tratta, per un verso, dell'aumento esponenziale e statisticamente molto rilevante dei casi in cui, per la risoluzione delle controversie civili, è necessario se non propriamente indispensabile ricorrere alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio (recenti studi statistici hanno infatti dimostrato che, quantomeno con riguardo ai giudizi di competenza del tribunale in composizione monocratica, si ricorra all'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio nel 65% dei casi). E, per altro verso, dell'immediata e del tutto peculiare incidenza delle conoscenze tecnico-scientifiche sulla formazione del convincimento del giudice (e, in definitiva, sulla stessa definizione della controversia). Studi empirici hanno infatti dimostrato che nel 95% dei casi il giudice finisce per recepire nella propria decisione le conclusioni formulate dal consulente tecnico d'ufficio[4].
Di qui l'immediato riflettersi del tema d'indagine sulla capacità dell'ordinamento italiano di tendere al perseguimento di decisioni giuste in quanto fondate su di un accertamento tendenzialmente veritiero dei fatti di causa.
Il nucleo essenziale delle questioni coinvolte riguarda il ruolo spettante al giudice in tale contesto. E, in particolare, se la qualità delle conoscenze tecnico-scientifiche utilizzate nel processo debba essere sottoposta a un controllo costante e pervasivo a opera del giudice. Può dirsi in effetti ad altrettanto comunemente acquisita fra l'idea che le informazioni fornite dal consulente tecnico d'ufficio incidano e contribuiscano in maniera immediata alla formazione del convincimento del giudice. E ciò in misura quantomeno uguale se non anche maggiore di altri strumenti probatori. Ove tale maggiore incidenza sembrerebbe spiegabile mediante il riferimento alla cosiddetta soggezione specialistica scontata dal giudice nei confronti dell'esperto. Soggezione che, come è stato da tempo rilevato, sembra quasi necessariamente implicare un elevato rischio di ricezione acritica, in sede decisionale, dei risultati forniti dal consulente tecnico d'ufficio[5].
Si tratta di un rischio che appare in qualche misura aggravato dalla peculiare disciplina positiva della consulenza tecnica d'ufficio. Una disciplina che, come è noto, non tiene evidentemente conto della inequivocabile funzione probatoria della consulenza tecnica e che attraversa senza incertezze l'intero novecento, rimanendo sostanzialmente immutata rispetto alla sua versione originaria del codice del '42. In ragione della sovrapposizione di ragioni lata-

la motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pagg. 1017 e ss. Allo stesso modo, la Cassazione, nella sentenza dell'11 maggio 2012, n. 7364, ha precisato che il principio secondo cui non è carente di motivazione la sentenza che recepisca *per relationem* le conclusioni ed i passi salienti di una relazione tecnica di cui dichiari di condividere il merito, può trovare applicazione anche con riferimento a consulenze disposte ed esperite in altro giudizio, anche aventi funzione non solo deducente ma anche percipiente. Più in generale, sulla motivazione della sentenza si veda, fra i molti possibili riferimenti, da ultimo Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile,* Bologna, 2016, *passim*.

[3] Nello stesso senso, Cass. Civ., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 1815; Cass. Civ., Sez. III, 7 luglio 2009, n. 15904; Cass. Civ., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 10123; Cass. Civ., Sez. I, 3 aprile 2007, n. 8355; Cass. Civ., Sez. II, 13 settembre 2000, n. 12080..

[4] Cfr. Besso, *La prova prima del processo*, 2004, Torino, pag. 87.

[5] Il pericolo della soggezione del giudice all'esperto era già stato paventato da Andrioli, *La scientificità della prova con particolare riferimento alla perizia e al libero apprezzamento del giudice,* in *Dir. e Giur.*, 1971, pagg. 796-797; in precedenza anche Dones, *Struttura e funzione della consulenza tecnica*, 1961, Milano, pag. 7. Più di recente, si veda la ricostruzione del problema offerta da Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulenza tecnica*, 2002, Padova, pag. 47.

mente politico-ideologiche e delle impostazioni dogmatiche prevalenti al momento dell'emanazione del codice, tale disciplina privilegia la qualificazione ausiliaria del consulente a scapito della tipizzazione della consulenza tecnica quale mezzo di prova[6]. Una collocazione sistematica che, come subito si dirà, nella nostra giurisprudenza finisce per incidere ancora oggi sulla configurazione degli obblighi motivazionali gravanti sul giudice nel momento della valutazione della consulenza tecnica[7].

Ed in effetti, il principale punto fermo della nostra giurisprudenza sembra rappresentato dalla riaffermazione della vigenza del cosiddetto principio del *iudex peritus peritorum*, ossia del primato della valutazione giudiziale su quella peritale[8]. Un primato che - specie con riferimento all'ipotesi di adesione del giudice alle conclusioni raggiunte dal consulente - si traduce nella configurazione dell'assenza di qualsiasi obbligo per il giudice di *"manifestare le ragioni del suo convincimento"*[9]. L'obbligo motivazionale in questi casi risulterebbe appunto soddisfatto, come si è in precedenza anticipato, attraverso il semplice rinvio alla stessa consulenza (intesa quale *"fonte tecnica dell'apprezzamento"*)[10], ovvero mediante un rinvio *per relationem* ai risultati forniti dal consulente[11].

Sotto il profilo propriamente epistemologico questi indirizzi di soluzione giurisprudenziale trovano un naturale *coté* nel riconoscimento della completa libertà dell'esperto nella scelta delle teorie scientifiche da seguire o delle metodologie di indagine da applicare nel caso concreto. Ciò senza che al giudice spetti controllare e verificare la correttezza di tali scelte o opzioni metodologiche. Corrispettivamente, si consente al giudice di motivare la propria decisione mediante una mera e del tutto acritica condivisione degli accertamenti e delle valutazioni in tal modo realizzate dal consulente. Un assetto che sembra comporre una cultura del parallelismo conoscitivo o della libertà reciproca di giudice e consulente, del tutto scisso dalle responsabilità decisionali comunque incombenti al giudice[12].

Il principio della pressoché totale indipendenza e supremazia della valutazione del giudice rispetto ai risultati peritali (con assenza appunto di obblighi motivazionali in tal senso), sembra tuttavia conoscere deroghe nel caso in cui le conclusioni del consulente tecnico siano state contestate dalle parti. In questa circostanza, in linea di principio, il giudice non potrà limitarsi a motivare la propria decisione dichiarando di condividere le conclusioni raggiunte dal consulente. Si tratta di una deroga che conosce una gradazione più o meno intensa, a seconda della *specificità* delle critiche delle parti. Ove, infatti, le censure delle parti si qualifichino come «generiche contestazioni», che omettano di individuare nello specifico le lacune e gli errori nell'operato del consulente e non siano supportate dal riscontro di altri elementi di prova, la giurisprudenza ritiene che il giudice non sia tenuto a prenderle espressamente in considerazione. Anche in questi casi, l'adesione alle conclusioni del consulente si ritiene sufficientemente motivata mediante il rinvio alla relazione peritale[13]. Per converso, qualora le parti (o i loro consulenti) individuino con esattezza eventuali errori od omissioni compiuti dal consulente tecnico, muovendo critiche e censure *"specifiche, circostanziate e supportate da ulteriore materiale probatorio"*, ovvero tali *"da poter condurre, se fondati, ad*

[6] Per gli opportuni riferimenti bibliografici a questo riguardo sia consentito il rinvio a Ansanelli, *Commento sub art. 191 c.p.c.* , cit., pag. 34.

[7] Il rilievo della consulenza tecnica d'ufficio quale strumento estraneo al novero dei mezzi di prova tipici è davvero molto ricorrente nella nostra giurisprudenza. Un rilievo che viene utilizzato essenzialmente come sorta di ombrello o copertura ideologica per liberare il giudice dagli obblighi di motivazione cui deve invece far fronte nell'utilizzare gli altri mezzi di prova tipici. Per alcuni riferimenti bibliografici si rinvia a Ansanelli, *Commento sub art. 191 c.p.c.* , cit., pagg. 37-39. Più di recente v., ad es., Cass. Civ., Sez. VI, 15 aprile 2015, n. 7639; Cass., 7 agosto 2014, n. 17757, in *Giust. Civ. Mass.* 2014, pag. 321.

[8] In questo preciso senso v., ad es., Cass. Civ., Sez. II, 6 giugno 2014, n. 12805, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 38, pag. 39.

[9] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. II, 13 settembre 2000, n. 12080, in *Foro it.* ed. *on-line.*

[10] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 21 febbraio 2001, n. 2486, in *Riv. giur. edil.,* 2001, I, pag. 609.

[11] Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 15 luglio 2014, n. 16149, in Mass. Foro it., 2014, pag. 456; Cass. Civ., Sez. I, 4 marzo 2011, n. 5229, rv. 616633, in C.E.D. Cass.; Cass. Civ., Sez. III, 1° giugno 2010, n. 13433, in Resp. civ., 2010, pag. 629; Cass. Civ., Sez. I, 4 maggio 2009, n. 10222, rv. 607766, in *Fam. e dir.*, 2009, pag. 773, ove si riafferma la piena legittimità della motivazione (*per relationem*) che richiami adesivamente le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio. Per alcune considerazioni circa la sostanziale non conformità della motivazione *per relationem* ai principi costituzionali in materia di processo civile v., di recente, Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pag. 437; Vittoria, *La motivazione tra esigenza di celerità e giusto processo*, in Acierno, Curzio, Giusti, *La Cassazione civile*, 2011, Bari, pag. 275.

[12] Si veda, a tale riguardo, Cass. Civ., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 1815, rv. 634182, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015, pag. 435 secondo la quale "*il giudice di merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico* [...] *esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento*".

[13] Cass. Civ., Sez. Lav., 23 maggio 1998, n. 5158, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag. 1120.

una diversa decisione" il giudice ha l'obbligo di considerare e prendere posizione in ordine a tali rilievi, non potendo limitarsi a una ricezione acritica delle conclusioni del consulente[14].

Al riguardo è stato rilevato come tale orientamento risulti, del resto, in linea con la prevalente posizione giurisprudenziale relativamente al rapporto fra la motivazione e i risultati acquisiti a seguito dell'assunzione di altri mezzi di prova. A tale proposito si riscontra, infatti, la medesima distinzione configurata fra l'orientamento che ammette la motivazione implicita sugli elementi incompatibili con quelli posti a fondamento della decisione adottata, e quello che la esclude ove i rilievi prospettati siano decisivi, ovvero tali da condurre a una diversa decisione[15].

Per quanto concerne specificamente la consulenza tecnica, se le critiche sono state sollevate dalle parti nel corso dello svolgimento delle operazioni peritali, la decisione del giudice potrà considerarsi sufficientemente motivata anche ove nella sentenza vengano formulate considerazioni implicitamente incompatibili con le critiche delle parti. In questo caso, la giurisprudenza tende, infatti, a considerare tali critiche come implicitamente disattese, in quanto incompatibili con le argomentazioni accolte. Diversamente, qualora le obiezioni delle parti siano state sollevate dopo il deposito della relazione peritale, il giudice sarà sempre tenuto a prendere in considerazione tali censure, non potendo limitarsi a disattenderle implicitamente ove a ciò non abbia provveduto lo stesso esperto[16].

Maggiore differenziazione si riscontra fra gli orientamenti della nostra giurisprudenza con riguardo alle ipotesi nelle quali il giudice intenda discostarsi (o, comunque, non recepire) le conclusioni fornite dal consulente tecnico d'ufficio. In questi casi, inoltre, gli obblighi motivazionali tendono ad assumere conformazioni diversificate in relazione alla tipologia delle attività compiute dal consulente. Forse in ragione della stessa accentuata fiducia che il nostro giudiziario tende a riporre negli esperti, in linea di principio si tende ad affermare che se il giudice non riterrà di condividere le conclusioni dell'esperto, sarà tenuto a fornire di *convincente e adeguata motivazione* il proprio convincimento[17]. In altri termini e più specificamente, qualora il giudice non intenda condividere i risultati di considerazioni o valutazioni compiute da consulente (*deducente*), egli avrà l'onere di motivare la propria decisione indicando il vizio logico o metodologico insito nel ragionamento seguito dal consulente tecnico d'ufficio. E ciò realizzando un'adeguata contrapposizione ai dati e alle teorie dalle quali il consulente abbia tratto il proprio convincimento[18]. Peraltro, ove il giudice non intenda invece condividere i risultati derivanti da accertamenti o rilievi di natura strettamente tecnica compiuti dal consulente, lo stesso avrà l'obbligo di motivare la propria decisione indicando le nozioni e gli elementi di natura tecnico-scientifica adottati in luogo di quelli prospettati dall'esperto.

3. Critiche alle impostazioni tradizionali concernenti la valutazione giudiziale della consulenza tecnica d'ufficio

Le impostazioni giurisprudenziali che giungono a configurare in maniera differenziata gli obblighi motivazionali gravanti sul giudice in ragione dell'adesione ovvero del distacco dalle conclusioni del consulente, risultano del resto pressoché unanimemente criticate dalla nostra dottrina. Tale distinzione è stata ritenuta ingiustificata, oltre che in

[14] Cass. Civ., Sez. III, 1° marzo 2007, n. 4797, rv. 596664, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *"consulente tecnico"*, n. 23; analogamente Cass. Civ., Sez. Lav., 16 gennaio 1998, n. 334, in *Rep. Giust. civ.* 1998, voce *"consulenza tecnica in materia civile"*, n. 12; Cass. Civ., Sez. II, 26 febbraio 1998, n. 2145, in *Mass. Foro it.*, 1998, pag. 2197.

[15] Cfr. Salomone, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, cit., pag. 1021, la quale richiama, per una diffusa rassegna delle pronunce dalle quali emerge tale distinzione, Carpi, Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile,* 1999, Padova, pag. 133.

[16] Cass. Civ., Sez. II, 23 giugno 1995, n. 7150, in *Mass. Giust. civ.*, pag. 390; Cass. 21 febbraio 1995, n. 1863, *ivi*, pag. 390. A tale riguardo va tuttavia ribadito che la modificazione dell'art. 195 c.p.c. realizzata con la l. n. 69 del 2009 si muove proprio nel senso di rendere del tutto «fisiologiche» sia le critiche dei consulenti tecnici di parte sia la successiva risposta del consulente tecnico d'ufficio a tali critiche. Risultato che, come è noto, viene realizzato imponendo al c.t.u. di trasmettere la relazione peritale alle parti prima del deposito, proprio al fine di ricevere le critiche e le censure delle parti; nonché di provvedere al successivo deposito della relazione peritale soltanto dopo aver preso posizione e replicato alle obiezioni delle parti. Si potrebbe dunque immaginare che questa modalità di formazione della relazione peritale finisca in qualche modo per agevolare il giudice nella redazione della motivazione; ed in effetti, per disattendere le critiche dei consulenti tecnici di parte, il giudice potrà sempre fare riferimento alle argomentazioni svolte a riguardo dal consulente tecnico d'ufficio.

[17] Cass. Civ., Sez. III, 6 aprile 1998, n. 3551, in *Mass. Foro it.*, 1998, c. 376; Cass. Civ., Sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440, in *Rep. Foro it.,* 1997, voce *"consulente tecnico"* n. 20.

[18] Cass. Civ., Sez. III, 18 ottobre 1982, n. 5425, in *Rep. Foro it.,* 1982, voce *"consulente tecnico"*, n. 24; Cass. Civ., Sez. Lav., 20 marzo 1985, n. 2785, *ivi*, 1985, voce cit., n. 19; Cass. Civ., Sez. Lav., 17 febbraio 1987, n. 1716, *ivi*, voce cit., n. 29; Cass. Civ., Sez. III, 29 novembre 1997, n. 11440, *ivi*, 1997, voce cit., n. 20.

larga misura arbitraria. Si ritiene infatti auspicabile che la nostra giurisprudenza di legittimità imponga ai giudici di merito di fornire *in ogni caso* una motivazione articolata e sorretta da idonee argomentazioni sia sul piano logico-giuridico che sul versante propriamente tecnico-scientifico. Invero, l'esigenza di un maggiore rigore motivazionale sembra discendere direttamente dal limite garantistico dettato dall'art. 111, comma 6, Cost.; e dalla relativa configurazione di un obbligo indefettibile per il giudice di fornire una motivazione *adeguata* della propria decisione, in stretto rapporto con una attenta valutazione di tutti gli elementi concreti sottoposti al suo esame[19].

Del resto, gli orientamenti giurisprudenziali più consolidati e tradizionali che continuano in buona sostanza ad esonerare il giudice dall'obbligo di motivare le ragioni della sua adesione (o dissenso) alle conclusioni formulate dal consulente tecnico d'ufficio - ammettendo la cosiddetta motivazione *per relationem* - appaio criticabili per ulteriori due ordini di ragioni.

In primo luogo, sembra possibile osservare che dietro l'etichetta di motivazione *per relationem* (equiparabile tout court alla motivazione implicita) in realtà si nasconda un'assenza di motivazione. Ed in effetti, da tale modalità motivazionale potranno al più desumersi il rigetto delle tesi di segno opposto (sottoposte all'attenzione del giudice per il tramite dell'opera dei consulenti tecnici di parte), ma non i motivi che sostengono tale rigetto o la relativa motivazione negativa[20].

Per altro verso, questa prassi interpretativa sembra in qualche maniera legittimare un atteggiamento per così dire dismissivo dei giudici di merito, troppo spesso pronti a delegare al consulente propri compiti esclusivi. A tale riguardo, infatti, è stata più volte criticata dalla nostra dottrina la tecnica - alquanto diffusa nella prassi - di una formulazione eccessivamente ampia o non sufficientemente specifica e circoscritta dei quesiti. Una prassi mediante la quale si affida al consulente il compito di fare tutto: rilevare i fenomeni, accertare le cause, attribuire le responsabilità, quantificare i danni e, mediante la tecnica di motivazione *per relationem* appena denunciata, in definitiva redigere la sentenza.

A ciò si aggiunga che il carattere di fondo delle linee di elaborazione giurisprudenziale concernenti il ruolo del giudice italiano nella selezione delle conoscenze esperte concretamente fornite dal consulente, sembra potersi fare consistere nella presenza di approcci denotanti una scarsa attenzione verso l'affidabilità e la qualità propriamente scientifica del materiale utilizzato per la risoluzione della controversia. Si tratta di prassi e indirizzi che denotano la scarsa attitudine dell'ordinamento processual-civilistico italiano a garantire *standard* elevati di affidabilità probatoria delle conoscenze esperte. E ciò sostanzialmente in quanto appare assente la configurazione di specifici doveri di controllo della loro fondatezza sotto il profilo tecnico-scientifico a opera del giudice. Ed in effetti, anche quegli indirizzi giurisprudenziali maggiormente attenti agli aspetti epistemologici sottesi al tema dell'utilizzazione delle conoscenze tecnico-scientifiche nel processo, sembrano influenzati o, comunque, eccessivamente rispettosi di una visione per così dire veteromoderna della scienza. Pur nella giusta prospettiva di un doveroso controllo giudiziale delle informazioni tecnico-scientifiche utilizzate per la risoluzione della controversia, i criteri o i parametri di verifica della concreta affidabilità delle stesse si risolvono nel rinvio, nel migliore dei casi, alla formale sedimentazione delle nozioni utilizzate dal consulente nella comunità scientifica di riferimento. Ossia, per utilizzare le parole della Suprema Corte, dell'avvenuta utilizzazione di nozioni che non si pongano *"in palese devianza dalle nozioni correnti della scienza"*, ovvero dal compimento *"degli accertamenti strumentali dai quali non si può prescindere, secondo la comunità scientifica di riferimento, per una corretta diagnosi"*[21]. Il che segnala il permanere di un diffuso accoglimento di criteri di affidabilità delle informazioni tecnico-scientifiche determinati esclusivamente per convenzione, ossia mediante il riferimento esclusivo a nozioni formalmente sedimentate nell'ambito della comunità scientifica di riferimento, senza che sia

[19] Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., pagg. 888-891.

[20] La frase in corsivo è di Salomone, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, cit., pagg. 1022 e ss. In precedenza, Taruffo, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pag. 457; Evangelista, voce *Motivazione*, in *Enc. Dir.*, XXVII, pag. 162.

[21] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 15 marzo 2001, n. 3748, in *Foro it.*, 2001, I, pag. 2848. Recentemente la cassazione ha dimostrato di confermare in maniera plastica tali impostazioni, enunciando il principio secondo il quale *"il vizio, denunciabile in sede di legittimità, della sentenza che abbia prestato adesione alle conclusioni del consulente tecnico, è ravvisabile in caso di palese devianza dalle nozioni correnti della scienza del settore, la cui fonte va indicata, o nell'omissione degli accertamenti indispensabili, mentre al di fuori di tale ambito la censura costituisce un'inammissibile critica del convincimento del giudice"*; cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 22 dicembre 2014, n. 27235.

richiesta una verifica nel caso concreto dell'effettivo corretto utilizzo di tali nozioni o metodi di indagine da parte del consulente.

4. Conclusioni

A fronte di questo livello di elaborazione, appare evidente - quantomeno particolarmente opportuno alla luce delle esigenze della pratica del processo e comunque della sua funzionalità - che anche la disciplina positiva della consulenza tecnica d'ufficio imponga al giudice italiano il compito di stabilire se le conclusioni dell'esperto siano scientificamente valide ed affidabili. Un'operazione che ovviamente comporta la necessità di determinare il contenuto delle leggi scientifiche, nonché determinarne il loro concreto impiego. Ciò rende inevitabile l'interrogativo circa la capacità effettiva del giudice di svolgere il ruolo di *peritus peritorum* (o, se si vuole, di *gatekeeper*), evitando per converso che, nella pratica del processo, lo stesso sia relegato al ruolo di *servus peritorum.*

A tale riguardo può apparire - anche a livello di mera suggestione - in qualche misura utile richiamare l'evoluzione della giurisprudenza federale statunitense in tema di ammissibilità della *scientific evidence.* Come ormai anche da noi ampiamente noto, è con un *leading case* del 1923 che la Corte Suprema statunitense individua nel requisito della *general acceptance* (ossia l'avvenuta sedimentazione della informazione utilizzata dall'esperto nella comunità scientifica di riferimento, appunto) il criterio-base di selezione delle conoscenze esperte utilizzabili al *trial*; conoscenze o *expert opinion* ritenute - ove così caratterizzate - per supposto affidabili e, quindi, processualmente utilizzabili per la risoluzione della controversia. Sulla spinta delle correnti filosofiche post-empiriste (di falsificazionisti o negazionisti quali Popper, Khun e Feyerabend) si registra nel corso della seconda metà del XX secolo il progressivo sgretolarsi del mito della scienza portatrice di certezze assolute. Da ciò la correlativa presa d'atto - anche da parte della cultura giuridica statunitense - che le *scientific knolowdges* possano essere incomplete, variabili, soggette a revisione e a processi di falsificazione. E appare interessante rilevare come - lungi dal pervenire a un negazionismo o a un estremo relativismo circa l'affidabilità della scienza come strumento di prova nel processo - la Corte Suprema statunitense intraprende a partire dal 1993, con la nota sentenza *Daubert v. Merrel*, un percorso per così dire inverso. In altri termini un percorso di verificazione a opera del giudice degli *standard* di affidabilità dell'*expert opinion* attraverso la sottoposizione della stessa a un'articolata griglia di criteri selettivi: quali la *testability*, la *peer review,* la *rate of error,* il *mantainance of standard* e, in via residuale, il permanere del requisito della *general acceptance.* Si tratta di un'impostazione *ictu oculi* non priva di una qualche ingenuità. Essa verrà, in effetti, parzialmente corretta da successive sentenze quale quella emessa nel caso *Khumo*. E ciò nel senso di richiedere al giudice verifiche maggiormente centrate sulle specifiche e concrete caratteristiche della controversia.

Ma, occorre dire, resta tuttavia invariata la portata e il senso del mutamento della *philosophy* complessivamente realizzata dalla Corte Suprema con il caso *Daubert*. Invero, dietro all'imposizione al giudice da parte della Corte Suprema Federale statunitense del dovere di essere un competente e serio selettore - secondo parametri di affidabilità tassonomicamente predisposti - delle prove scientifiche utilizzabili nel processo, emerge un problema di fondo comune a ogni ordinamento. Si tratta della fondamentale esigenza di evitare che venga utilizzata per la risoluzione delle controversie la cosiddetta *junk science*; ossia conoscenze tecnico-scientifiche sostanzialmente prive di attendibilità ed affidabilità[22].

È del tutto evidente che in questo contesto il giudice è chiamato a svolgere un'indagine per certo complessa e delicata. Ossia valutare la corretta enunciazione, da parte dell'esperto, delle premesse di fatto che risultano dagli atti (i cosiddetti elementi di prova) e la validità, sul piano scientifico, delle opzioni e delle tecniche d'indagine utilizzate dall'esperto. Specie sotto tale ultimo profilo l'indagine risulta estremamente articolata e problematica, in

[22] L'evoluzione della giurisprudenza statunitense in tema di *expert witness* e *scientific evidence* è stata tempestivamente segnalata dalla nostra dottrina. A riguardo, si rinvia a Dondi, *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pag. 261; Id., *Problemi di utilizzazione delle conoscenze esperte come «expert witness testimony» nel diritto statunitense,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pagg. 1133 e ss.; Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pagg. 219 e ss.; Id., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Scritti in onore di Federico Stella*, 2007, Napoli, vol. II, sez. IV, pag. 1375; Ansanelli, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony,* in *Riv. dir. proc.*, 2009, pagg. 713 e ss.; Comoglio, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica,* in *Scritti in onore di Federico Stella*, cit., pagg. 1342-1353. Di recente, sia pur con riferimento al processo penale, Vicoli, *Riflessioni sulla prova scientifica: regole inferenziali, rapporti con il sapere comune, criteri di affidabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pag. 1239; più in generale Pucella, *La causalità incerta*, 2007, Torino, spec. pag. 97.

quanto al giudice spetterà di valutare, mediante un'indagine dal carattere evidentemente interdisciplinare - oltre che manifestamente anche epistemologico - una molteplicità di aspetti di non sempre agevole percezione: quali il contenuto della legge scientifica, appunto, le condizioni presupposte per la sua validità, ovvero le condizioni di falsificabilità dei relativi risultati. Infine, e sempre in questa prospettiva, il giudice sarà tenuto a verificare la corrispondenza del procedimento seguito dal consulente tecnico alla legge o alla tecnica scientifica applicata.
Risulta altrettanto evidente che per svolgere questo compito il giudice dovrà attrezzarsi culturalmente (ossia compiere una sorta di preistruttoria della materia di riferimento); ma non si vede perché, in questo campo, non si debba richiedersi al giudice un controllo che venga esercitato per il tramite di una cultura medio-alta, che contenga le basi essenziali per una valutazione razionale e anche scientifica delle prove che si impongono per accertare i fatti[23]. Ciò tenendo anche in considerazione che, in questa attività, il giudice dovrebbe essere agevolato - oltre che da una struttura auspicabilmente adeguata, come quella dell'ufficio del processo - dalla dialettica processuale e, in particolare, dal contraddittorio fra il consulente tecnico d'ufficio e i consulenti delle parti. Una dialettica in grado di realizzare quella auspicata volgarizzazione della scienza che sembra rappresentare una delle principali risorse per contribuire a consentire al giudice di esercitare in maniera effettiva il ruolo di *peritus peritorum*[24].

[23] Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni Generali*, cit., pag. 309 . L'autore correttamente rileva che *"non v'è ragione per collocare la prova del fatto in giudizio ad un livello metodologico inferiore a quello che è ormai richiesto in numerosi settori di esperienza come la gestione economica, l'impiego di computer, la guida di macchine sofisticate e così via"*.

[24] Sul punto si rinvia a Denti, *La giustizia civile*, 2004, Bologna, pag. 149; Andrioli, *La scientificità della prova con particolare riferimento alla perizia e al libero apprezzamento del giudice*, cit., pag.798.

COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Le patologie delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento tra la Legge n. 3/2012 ed il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

del 4 dicembre 2019

Sommario

Abstract
1. Premessa
2. Il quadro normativo di riferimento
3. Le patologie dell'accordo di composizione della crisi
4. Le patologie del piano del consumatore
5. Disposizioni comuni alle procedure di accordo e piano
7. Le patologie della ristrutturazione dei debiti del consumatore e del concordato minore
7.1. Le patologie della ristrutturazione dei debiti del consumatore
7.2. Le patologie del concordato minore
8. Conclusioni

Abstract

Il presente contributo mira ad approfondire un tema ancora oggi poco dibattuto: le vicende patologiche delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, a cavallo tra la legge, 27 gennaio 2012, n. 3 ed il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Dopo una prima analisi del quadro normativo di riferimento, ci si soffermerà sulla disamina e studio delle vicende patologiche che potrebbero verificarsi, rispettivamente, nelle procedure di accordo di composizione della crisi, piano del consumatore ed esdebitazione conseguente alla chiusura della procedura liquidatoria. Una lettura critica delle norme porterà ad evidenziarne le criticità, analogie e differenze. Uno sguardo finale non potrà che essere proiettato anche al futuro. Farà da padrone pertanto negli ultimi paragrafi del presente contributo l'analisi della disciplina contenuta nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo, 12 gennaio 2019, n. 14, le cui criticità vogliono essere un auspicio perché il legislatore delegato possa profittare in pieno della nuova delega conferita con legge, 8 marzo 2019, n. 20 e porre eventuali adeguati correttivi.

1. Premessa

Il presente contributo affronta un tema, che non ha alimentato ancora un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Trattasi, più nello specifico, delle vicende *"patologiche"* che coinvolgono la procedura di accordo di composizione della crisi di cui agli artt. 7 ss. L. 3/2012, la procedura di piano del consumatore *ex* artt. 12 *bis*ss. L. 3/2012 e la procedura di liquidazione del patrimonio normata dagli artt. 14 *ter* ss. della citata legge o, più precisamente con riferimento a quest'ultima, la procedura di esdebitazione conseguente alla chiusura della procedura liquidatoria di cui all'art. 14 *terdecies* L. 3/2012.

Il presente contributo si articolerà in tre parti. Nella prima parte, verranno scrupolosamente individuate tutte le disposizioni presenti nella legge sul sovraindebitamento che disciplinano le *patologie* delle procedure; nella seconda parte, si esaminerà, relativamente a ciascuna procedura, la disciplina contemplata dal legislatore; nella terza ed ultima parte, si esaminerà la disciplina dedicata al tema da parte del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 14/2019 (che, tuttavia, entrerà in vigore solo a partire dal 15 agosto 2020).

2. Il quadro normativo di riferimento

Fatta questa doverosa premessa metodologica, non resta

che addentrarsi nel primo capitolo di questo breve contributo: il quadro normativo di riferimento. Come è ben noto, le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento sono state introdotte nel nostro ordinamento e disciplinate dalla legge, 27 gennaio 2012 n. 3, la quale, sin dalla sua entrata in vigore, è stata oggetto di svariate modifiche ed integrazioni. Ci si riferisce nello specifico al decreto legge, 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge, 21 dicembre 2012, n. 221, il quale ha parzialmente modificato ed integrato la procedura di accordo di composizione della crisi ed introdotto la procedura di piano del consumatore e liquidazione del patrimonio, al successivo decreto del Ministero della Giustizia, 24 settembre 2014, n. 202, il quale, in attuazione dell'art. 15 della L. 3/2012, ha introdotto nel nostro ordinamento il regolamento recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento ed al decreto legge, 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge, 6 agosto 2015, n. 132, il quale, all'art. 13, comma 1, lett. a), ha modificato l'art. 480 cod. proc. civ., introducendo l'obbligo per il creditore procedente di inserire, sotto pena di nullità, nell'atto di precetto l'avvertimento per il debitore esecutato, allorquando sovraindebitato, della possibilità di avvalersi delle procedure di accordo di composizione della crisi ovvero di piano del consumatore di cui alla L. 3/2012 per porre rimedio alla propria situazione di sovraindebitamento con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi ovvero di un professionista, in sua vece nominato dal tribunale territorialmente competente.

La legge n. 3/2012 ha introdotto e disciplinato tre distinte procedure: l'accordo di composizione della crisi, il piano del consumatore e la liquidazione del patrimonio. Orbene, le norme che il legislatore ha dedicato alle *patologie* delle menzionate procedure sono inserite in un ordine piuttosto sparso nel testo della legge, con esiti che la dottrina ama definire *"di dubbia organicità sistematica"*[1].

Le disposizioni che qui interessano sono, in particolare, le seguenti: art. 10, comma 3, art. 11, comma 5, art. 12, commi 4 e 5, art. 12 *ter*, comma 4, art. 13, comma 3, art. 14, art. 14 *bis*, art. 14 *quater* ed art. 14 *terdecies*, comma 5. *Latu sensu*, una fase in un certo senso patologica delle procedure potrebbe dirsi disciplinata anche dall'art. 9, comma 3 *ter*.

Gli artt. 10, comma 3, 12, commi 4 e 5 e 14 sono riferiti alla procedura di accordo di composizione della crisi. Gli artt. 12 *ter* e 14 *bis* sono riferiti, invece, alla procedura di piano del consumatore. Gli artt. 9, comma 3 *ter*, 13 e 14 *quater* sono comuni ad entrambe le procedure di composizione della crisi. L'art. 14 *terdecies*, comma 5, si riferisce, infine, alla procedura di esdebitazione conseguente alla chiusura della procedura liquidatoria di cui agli artt. 14 *ter* ss.

3. Le patologie dell'accordo di composizione della crisi

Individuato il disorganico quadro normativo di riferimento, non resta che esaminare, a questo punto, le varie disposizioni citate, al fine di individuare con scrupoloso ordine le patologie che investono le procedure qui in esame.

Con riferimento alla procedura di accordo di composizione della crisi, si consiglia di operare una preliminare distinzione tra patologie antecedenti la fase di omologazione e patologie successive a tale fase.

Quanto alle prime, l'analisi non può che, anzi tutto, investire la patologia ben disciplinata dall'art. 10, comma 3, ovverosia la revoca del decreto di cui all'art. 10, comma 1. Ora, ai sensi dell'art. 10, comma 1, successivamente al deposito della proposta di accordo di composizione della crisi e della documentazione prescritta dall'art. 9, il giudice, se la proposta soddisfa i requisiti di cui agli artt. 7, 8 e 9, fissa immediatamente l'udienza con un decreto, avente il contenuto di cui ai commi 1 e 2 della citata norma.

Se, tuttavia, il giudice accertasse la presenza di iniziative o di atti in frode ai creditori, all'udienza, ai sensi del comma terzo dell'art. 10, disporrebbe la revoca del decreto di cui al comma 1 e ordinerebbe la cancellazione della trascrizione dello stesso, nonché la cessazione di ogni altra forma di pubblicità disposta.

Tutte le altre sono patologie che investono la fase successiva all'omologazione dell'accordo.

L'art. 11, comma 5, disciplina l'ipotesi in cui il debitore non esegua integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti, secondo il piano omologato, alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, nonché l'ulteriore ipotesi in cui risultino dal debitore compiuti, durante la procedura, atti diretti a frodare le ragioni dei creditori. Nonostante nella prima ipotesi la disposizione ponga quale conseguenza del verificarsi della stessa il fat-

[1] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, pag. 127.

to che "[...] *l'accordo cessa, di diritto, di produrre effetti*", mentre nella seconda parli di *revoca* dell'accordo, in dottrina si ritiene che entrambe le ipotesi, in ragione dell'uso, non casuale, del termine *"altresì"* a cavallo tra le due fattispecie, sottointendano una ipotesi di revoca, la cui conseguenza primaria consiste nella cessazione, di diritto, della produzione degli effetti dell'accordo. Quali siano gli effetti dell'accordo lo specifica l'art. 12, comma 3, attraverso il richiamo operato dal successivo comma quarto. Quest'ultima disposizione espressamente si riferisce agli *effetti di cui al comma 3*: talché, si ritiene che gli effetti dell'accordo non possano che essere quelli indicati dalla norma citata. Due, in particolare, sono gli effetti prodotti dall'accordo omologato: da una parte, l'obbligatorietà per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'art. 10, comma 2; dall'altra, il fatto che i creditori, con causa o titolo posteriore, non possano procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano.

L'art. 12, comma 4, per l'appunto, disciplina due ulteriori interessanti ipotesi di c.d. *"venir meno degli effetti"* dell'accordo omologato, come indicati dal precedente comma 3 (e come già trattati). Il primo caso riguarda la risoluzione dell'accordo di composizione, caso questo su cui si soffermerà in maniera più approfondita nel prosieguo. Il secondo riguarda, invece, il *"mancato pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo"*, vale a dire i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, l'imposta sul valore aggiunto e le ritenute operate e non versate. L'accertamento del mancato pagamento di tali crediti è chiesto al tribunale, con un ricorso da decidere in camera di consiglio, ai sensi degli artt. 737 ss. cod. proc. civ. Avverso il provvedimento, anche di diniego, del giudice è ammesso il reclamo, che si propone aventi al tribunale in composizione collegiale; del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

L'art. 12, comma 5, contempla una particolare ipotesi di risoluzione dell'accordo omologato: *"la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore"*. In tali ipotesi, precisa la norma, gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo omologato non sono soggetti a revocatoria di cui all'art. 67 L. fall.; inoltre, a seguito della sentenza che dichiara il fallimento, i crediti derivanti da finanziamenti che siano stati effettuati in esecuzione o in funzione dell'accordo omologato sono prededucibili a norma dell'art. 111 L. fall.

Il cuore della disciplina delle patologie dell'accordo è contenuto, ad avviso di chi scrive, nell'art. 14, il quale, nonostante il riferimento di cui alla rubrica all'*"impugnazione e risoluzione"*, disciplina i casi di *annullamento* e *risoluzione* dell'accordo. Ora, l'art. 14 disciplina i casi e l'azione di annullamento ai commi 1 e 1 *bis*; i casi e l'azione di risoluzione ai commi 2 e 3; i commi 4 e 5 sono comuni ad entrambe le azioni.

Tre sono gli aspetti che la norma, ai commi citati, scrupolosamente disciplina: in primo luogo, i legittimati a chiedere l'annullamento dell'accordo; in secondo luogo, i casi nei quali può essere esperita l'azione; in terzo luogo, il termine entro il quale l'azione può essere esperita.

Con riferimento al primo aspetto, ai sensi del comma 1 della disposizione in esame, il decreto di annullamento viene pronunciato dal tribunale in composizione monocratica *"su istanza di ogni creditore"*, in contraddittorio con il debitore. Con riferimento al secondo aspetto, sempre ai sensi del comma 1 della citata norma, l'accordo può essere annullato quando: (i) è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo; (ii) quando dolosamente o con colpa grave è stata sottratta ovvero dissimulata una parte rilevante dell'attivo; (iii) quando sono state dolosamente simulate attività inesistenti. L'art. 14 specifica, peraltro, come l'indicata casistica sia *tassativa*, non essendo ammessa alcuna altra azione di annullamento. Con riferimento all'ultimo aspetto, il ricorso per l'annullamento, ai sensi del successivo comma 1 *bis*, deve essere proposto nel termine di sei mesi dalla scoperta ed, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto.

I medesimi aspetti sono disciplinati anche per l'azione di risoluzione, prevista, come detto, dai commi 2 e 3. Con riferimento al primo aspetto, esattamente come per l'azione di annullamento, anche per la domanda di risoluzione la legittimazione attiva spetta a *"ciascun creditore"*. Ancora una volta, la domanda si propone con ricorso da proporsi avanti al tribunale in composizione monocratica e, anche se non espressamente indicato, non vi sono ragioni per non contemplare, nel corso della procedura, anche un contraddittorio con il debitore. Con riferimento al secondo aspetto, il secondo comma dell'art. 14 individua la seguente casistica realizzatasi la quale i creditori possono domandare la risoluzione dell'accordo di composizione: (i) se il proponente non adempie agli obblighi derivanti dall'accordo; (ii) o se le garanzie promesse non vengono costituite; (iii) ovvero se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore. Appare interessante a questo punto segnalare tre aspetti: in primo luogo, a differenza dell'annullamento, la casistica indicata dal legislatore per ottenere la risoluzione non è tassativa; non è forse un caso che lo stesso legislatore individui una ulte-

riore causa di risoluzione in una diversa disposizione, già precedentemente esaminata: *"la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore"* (il riferimento in questo caso è contenuto nel quinto comma dell'art. 12); si potrebbe osservare che, a differenza della casistica indicata dall'art. 14, l'ipotesi contemplata dall'art. 12, comma 5 rappresenta un caso di risoluzione pronunciata d'ufficio; sulla base di questa riflessione, potrebbe allora cercare in un certo senso di comprendersi la ragione per cui il legislatore abbia scelto due diverse sedi per disciplinare i casi di risoluzione: nell'art. 12, il legislatore si è occupato dei casi in cui gli effetti dell'accordo vengono meno d'ufficio; nella seconda dietro istanza di parte; in secondo luogo, è interessante segnalare come il legislatore si occupi di specificare gli effetti della risoluzione non tanto nell'art. 14, quanto in una precedente disposizione e, in particolare, nei commi 3 e 4 dell'art. 12. Ancor più specificatamente, ai sensi del quarto comma dell'art. 12, in caso di risoluzione la conseguenza è che "*vengono meno gli effetti di cui al comma 3"*, vale a dire dunque l'obbligatorietà dell'accordo per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'art. 10, comma 2 e il fatto che i creditori con causa o titolo posteriore non possano procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano. In terzo luogo, dalla lettera della legge, non si comprende quali siano gli effetti dell'annullamento dell'accordo: in tal senso, si potrebbe con evidenza ipotizzare come siano esattamente gli stessi della risoluzione [artt. 12, commi 3 e 4].

Si consideri ancora un ultimo importante aspetto. Allorquando si verificasse l'ipotesi di cui all'art. 14, comma 2 e, più nello specifico, l'impossibilità dell'esecuzione dell'accordo di composizione per ragioni non imputabili al debitore, a mente del comma 4 *ter*dell'art. 13, questi, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, potrebbe modificare la proposta e troverebbero, all'uopo, applicazione le disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3 della sezione 1 della L. n. 3/2012.

Con riferimento al terzo aspetto, ai sensi del terzo comma dell'art. 14, il ricorso per la risoluzione è proposto, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla scoperta e, in ogni caso, entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo. Anche in questo senso, appare curioso osservare che il legislatore ha previsto la pena della decadenza solo per la risoluzione e non anche per l'annullamento.

Ma su questo aspetto si tornerà più avanti.

Come anticipato, i commi 4 e 5 fissano dei precetti comuni ad entrambe le azioni: da una parte, a mente del quarto comma, sia l'annullamento che la risoluzione non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in buona fede; dall'altra, trovano applicazione, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss. cod. proc. civ.; avverso il decreto del giudice può essere proposto reclamo avanti al tribunale in composizione collegiale, con la specificazione per cui del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

4. Le patologie del piano del consumatore

A differenza della procedura di accordo di composizione della crisi, nell'ambito della procedura di piano del consumatore non sembrerebbero esservi specifiche disposizioni (analoghe nella sostanza all'art. 10, comma 3) afferenti vicende patologiche antecedenti la fase di omologazione del piano. Salvo ovviamente che non si intenda individuare una vicenda patologica nella declaratoria di inefficacia, da parte del giudice delegato con il decreto di diniego, del provvedimento di sospensione delle procedure esecutive adottato contestualmente alla fissazione di udienza (ed al ricorrere dei presupposti di cui al secondo comma dell'art. 12 *bis*) **.**

Nella fase successiva all'omologazione, invece, le disposizioni che si occupano delle vicende patologiche del piano sembrerebbero in un certo senso sostanzialmente ricalcare le norme già dettate in tema di accordo di composizione della crisi, pur con qualche differenza.

La prima vicenda patologica è disciplinata dall'art. 12 *ter*, comma 4. In tale disposizione, il legislatore prende in esame la medesima ipotesi già prevista e disciplinata per la procedura di accordo dall'art. 12, comma 4.

La disposizione in esame, in particolare, prende in considerazione l'ipotesi del *mancato pagamento dei crediti impignorabili*, *nonché dei crediti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo*, vale a dire, come già detto, i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, l'imposta sul valore aggiunto e, da ultimo, le ritenute operate e non versati. Con riferimento, peraltro, a questi ultimi crediti, la Suprema Corte di Cassazione ha specificato come, nel piano del consumatore, il pagamento degli stessi debba avvenire, non soltanto integralmente, ma anche immediatamente, senza che il consumatore possa beneficiare della dilazione di pagamento (prevista invece per la procedura di accordo di composizione della crisi)[2]. E tale circo-

[2] Cass. Civ., sez. 1, 1 febbraio 2016, n. 1869, in www.ilcaso.it.

stanza la si potrebbe desumere, secondo la giurisprudenza citata, dal tenore del terzo comma dell'art. 12 *bis* che, nel delineare i contorni del giudizio valutativo che il giudice è chiamato a compiere in fase di omologazione del piano, espressamente subordina il giudizio positivo ad una verifica circa la fattibilità del piano e «l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento [...] dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo".

Tanto premesso, in caso di mancato pagamento dei menzionati crediti, a mente del quarto comma dell'art. 12 *ter*, esattamente come per la procedura di accordo di composizione, anche per il piano, vengono meno gli effetti del piano. Effetti di cui *"al comma 1"* della medesima disposizione ed individuati rispettivamente nel fatto che *"dalla data di omologazione del piano i creditori con causa o titolo anteriore non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali"* e che *"ad iniziativa dei medesimi creditori non possono essere iniziate o proseguite azioni cautelari né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di piano"*. Una riflessione sorge spontanea. Nella procedura di accordo di composizione della crisi, il legislatore, quanto agli specifici *effetti* dell'accordo che *vengono meno* in caso di mancato pagamento dei crediti impignorabili e dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo, fa un espresso riferimento, nella disposizione di cui al quarto comma dell'art. 12, a quelli indicati dal comma 3 della medesima norma, vale a dire, nella specie, l'obbligatorietà dell'accordo omologato per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'art. 10, comma 2, oltre al fatto che i creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano. Nella procedura di piano del consumatore, nonostante gli stessi identici effetti siano contemplati dal secondo comma dell'art. 12 *ter* e, soprattutto, nonostante il legislatore abbia voluto riproporre la stessa vicenda patologica già prevista dall'art. 12, comma 4 per la procedura di accordo di composizione, l'art. 12 *ter*, comma 4, sceglie al contrario di fare un riferimento, quanto agli effetti del piano che vengono meno ove il debitore non pagasse i debiti di cui sopra, al primo comma della norma, anziché al secondo.

Il legislatore, in altri termini, crea un sistema per cui, nella procedura di piano del consumatore, gli effetti del piano che verrebbero meno in caso di mancato pagamento dei crediti impignorabili e di quelli di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo, non sono gli stessi che, in analoga situazione, verrebbero meno nella procedura di accordo di composizione della crisi. La scelta, a ben vedere, appare frutto di un errore.

Anche perché sarebbe evidentemente illogico poter pensare che, qualora venissero meno gli effetti del piano ricorrendo i presupposti di cui al quarto comma dell'art. 12 *ter*, i creditori con causa o titolo posteriore non possano procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano.

Chi scrive ritiene, pertanto, che, forse, gli effetti cui il legislatore intendeva far riferimento fossero quelli di cui al comma 2, anziché al comma 1 dell'art. 12 *ter* anche per il piano del consumatore.

In forza del richiamo, operato dal quarto comma dell'art. 12 *ter*, al quarto comma dell'art. 12, anche per la procedura di piano del consumatore come per la procedura di accordo di composizione, l'accertamento del mancato pagamento di tali crediti è chiesto al tribunale in composizione monocratica, con ricorso da decidere in camera di consiglio, ai sensi degli artt. 737 ss. cod. proc. civ. Avvero il provvedimento, anche di diniego, del giudice monocratico, è ammesso reclamo, che si propone avanti al tribunale in composizione collegiale; del collegio, non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

La seconda fattispecie patologica relativa alla procedura di piano del consumatore è disciplinata dall'art. 14 *bis*. Tale disposizione nella sostanza ricalca le medesime vicende patologiche già disciplinate per la procedura di accordo dagli artt. 11, comma 5 e 14.

Il primo comma dell'art. 14 *bis*, attraverso un richiamo all'art. 11, comma 5 (disposizione questa dettata in tema di accordo), ricollega, esattamente come per la procedura di accordo, alla mancata esecuzione integrale da parte del debitore sovraindebitato, entro novanta giorni dalle scadenze previste, dei pagamenti secondo il piano alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie ed al compimento, sempre da parte del debitore, nel corso della procedura di atti diretti a frodare le ragioni dei creditori, *"la revoca e la cessazione di diritto dell'efficacia dell'omologazione del piano del consumatore"*.

Ed è proprio lo stesso richiamo all'art. 11, comma 5, che consente anche di delineare i contorni processuali della procedura di revoca. Talché, come per la procedura di accordo di composizione, anche per la procedura di piano del consumatore, il giudice provvede d'ufficio con un decreto reclamabile ai sensi dell'art. 739 cod. proc. civ.; il reclamo deve essere presentato davanti al tribunale in composizione collegiale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

A questo punto, si delinea una formale differenza rispetto alla disposizione (l'art. 14, nella specie) dettata per la procedura di accordo. Come si era precisato poc'anzi, per

la procedura di accordo, l'art. 14 disciplinava due distinte vicende patologiche: l'annullamento e la risoluzione dell'accordo. Ora, l'art. 14 *bis*, pur ricalcando le medesime fattispecie che nella procedura di accordo di composizione della crisi conducono, rispettivamente, alla declaratoria di annullamento e di risoluzione dello stesso, preferisce per il piano del consumatore non riprendere la medesima distinzione, ma ricollegare al verificare di tutte le fattispecie un'unica conseguenza: *"la cessazione degli effetti dell'omologazione"*. Talché, ai sensi del secondo comma dell'art. 14 *bis*, il tribunale *su istanza di ogni creditore* (sotto questo aspetto di legittimazione attiva esattamente come per l'accordo), *in contraddittorio con il debitore* (anche sotto questo aspetto procedurale esattamente come per l'accordo), dichiara cessati gli effetti dell'omologazione del piano nelle seguenti ipotesi (e qui sorge la differenza rispetto all'altra procedura di composizione): (a) quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato ovvero diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo o dolosamente simulate attività inesistenti; (b) se il proponente non adempie agli obblighi derivanti dal piano, se la garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione del piano diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore.
Sorge, come detto la differenza, in quanto, per la procedura di accordo, l'art. 14 ricollegava alla fattispecie di cui al secondo comma, lettera a) dell'art. 14 *bis* (che nell'art. 14 erano indicate al comma 1) la conseguenza dell'*annullamento* ed alle fattispecie di cui al secondo comma, lettera b) dell'art. 14 *bis* (che nell'art. 14 erano indicate al comma 2) la conseguenza della *risoluzione* dell'accordo. Per il piano del consumatore, invece, l'art. 14 *bis* abbandona la distinzione tra annullamento e risoluzione e ricollega al verificarsi di tutte le fattispecie la medesima conseguenza, consistente nella cessazione degli effetti dell'omologazione del piano.
Nella sostanza, la distinzione tra le due procedure appare solo formale e legata solo alla diversa terminologia, in quanto, da un punto di vista procedurale, entrambe le fattispecie vengono trattate nello stesso modo.
Tanto per l'accordo quanto per il piano, la legittimazione attiva per l'esercizio dell'azione appartiene ad ogni creditore e per entrambe le procedure viene previsto il necessario coinvolgimento, tramite instaurazione del contraddittorio, con il debitore.
Nonostante, poi, le due fattispecie portino, per il piano, alla medesima conseguenza, esattamente come per l'accordo, anche per il piano, tuttavia, il legislatore ha operato una distinzione relativamente ai termini entro cui presentare la domanda. In particolare, al ricorrere delle fattispecie di cui alla lett. a) del secondo comma dell'art. 14 *bis* (per intenderci le fattispecie cui il legislatore ha ricollegato la conseguenza dell'annullamento nella procedura di accordo, cfr. art. 14, comma 1), il ricorso è proposto, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla scoperta e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto (cfr. art. 14 *bis*, comma 3). Al ricorrere delle fattispecie di cui alla lett. b) dell'art. 14 *bis* (nella specie, le ipotesi cui la legge ha ricollegato, a mente del secondo comma dell'art. 14, la conseguenza della risoluzione dell'accordo), il ricorso è proposto, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla scoperta e, in ogni caso, entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo (cfr. art. 14 *bis*, comma 4).
Identità di termini, ma anche identità di effetti quanto ai terzi, atteso che, anche per il piano del consumatore, a mente del comma quinto comma dell'art. 14 *bis* (che di fatto ricalca esattamente il disposto di cui al comma 4 dell'art. 14) la dichiarazione di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede.
Il sesto ultimo comma dell'art. 14 *bis* contiene un richiamo espresso al quinto comma dell'art. 14, il che lascia intendere l'identità anche a livello strettamente processuale tra le due procedure. Anche per la procedura di piano, trovano applicazione gli artt. 737 ss. cod. proc. civ.; avverso il provvedimento del giudice monocratico, è ammesso reclamo avanti al tribunale in composizione collegiale, con la precisazione per cui del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.
Ora, l'identità tra le due procedure, nonostante la differente terminologia usata (nell'accordo annullamento e risoluzione, mentre nel piano cessazione degli effetti dell'omologazione), consente, ad avviso di chi scrive, di colmare la lacuna contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 14. Riprendendo brevemente quanto già detto per la procedura di accordo di composizione, il legislatore nel fissare i termini per la proposizione del ricorso per l'annullamento e risoluzione aveva creato una inspiegabile stortura: in particolare, per l'azione di risoluzione dell'accordo aveva espressamente indicato, quale conseguenza del mancato rispetto del termine per la presentazione del ricorso, la decadenza; così invece non aveva fatto per l'azione di annullamento. Attraverso l'appena svolta analisi comparata tra le due procedure, si può pacificamente ritenere si sia trattato di una svista, atteso che le medesime fattispecie previste nell'ambito del piano del consumatore so-

no caratterizzate dalla previsione di un termine (di sei mesi o due anni/sei mesi o un anno) previsto a pena di decadenza.
Conclusivamente, anche per la procedura di piano, trova applicazione il disposto di cui all'art. 13, comma 4 *ter*, secondo cui allorquando si verificasse l'ipotesi di impossibilità dell'esecuzione del piano per ragioni non imputabili al debitore, questi, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, potrebbe modificare la proposta e troverebbero, all'uopo, applicazione le disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3 della sezione 1 della L. n. 3/2012.

5. Disposizioni comuni alle procedure di accordo e piano

Il legislatore del 2012 ha dettato, con riferimento al tema in oggetto, tre disposizioni comuni, applicabili cioè a entrambe le procedure di composizione della crisi.
L'art. 9, comma 3 *ter*, che prevede che, successivamente al deposito, ma anteriormente alla fase di apertura della procedura, il giudice possa concedere al debitore un termine perentorio non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni alla proposta e produrre nuovi documenti.
Il mancato rispetto del termine conduce ad un arresto della procedura, con un decreto di inammissibilità.
L'art. 13, comma 3, che, in fase di esecuzione, consente al giudice, *in ogni caso*, di sospendere, con un decreto motivato, gli atti di esecuzione dell'accordo o del piano, *"qualora ricorrano gravi e giustificati motivi"*.
L'art. 14 *quater* che, invece, disciplina la conversione della procedura liquidatoria.
A mente di tale disposizione, il giudice, su istanza del debitore o di uno dei creditori, dispone, con il decreto avente il contenuto di cui all'art. 14 *quinquies* (trattasi del decreto di apertura della procedura di liquidazione del patrimonio di cui agli artt. 14 *ter* ss.), la conversione della procedura di composizione della crisi di cui alla sezione prima della L. n. 3/2012 s.m.i. (accordo di composizione della crisi o piano del consumatore) in quella di liquidazione del patrimonio nelle seguenti ipotesi: (a) annullamento dell'accordo di composizione (art. 14, comma 1); (b) la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore (art. 14 *bis*, comma 2, lettera a)); (c) revoca e cessazione di diritto degli effetti dell'accordo o del piano del consumatore nelle ipotesi di cui, rispettivamente, agli artt. 11, comma 5 e 14 *bis*, comma 1 (per entrare ancor più nello specifico, se il debitore non esegue integralmente entro novanta giorni dalle scadenze previste i pagamenti dovuti secondo il piano alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e se risultano compiuti durante la procedura atti in frode ai creditori); (d) risoluzione dell'accordo *ex* art. 14, comma 2; (e) cessazione degli effetti dell'omologazione ai sensi dell'art. 14 *bis*, comma 2, lettera b).
La disposizione, peraltro, precisa che i casi indicati dalle lettere c), d) ed e), perché possano determinare la conversione in procedura liquidatoria devono *"essere determinati da cause imputabili al debitore"*.
La precisazione assume rilevanza con riferimento all'impossibilità sopravvenuta di esecuzione dell'accordo o del piano. Ove infatti l'impossibilità derivi da *ragioni non imputabili al debitore*: (1) il debitore potrà, *ex* art. 13 comma 4 *ter*, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, modificare la proposta di accordo o di piano, con conseguente applicazione delle disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3 della prima sezione della legge n. 3/2012; (2) l'accordo verrà, su istanza dei creditori, dichiarato risolto ai sensi dell'art. 14, comma 2, mentre con riferimento al piano verrà dichiarata, sempre su istanza dei creditori, la cessazione degli effetti dell'omologa ai sensi dell'art. 14 *bis*, comma 2, lett. b); (3) non sussisterà la condizione di inammissibilità di cui all'art. 7, co. 2, lettera c), che, nell'individuare le cause dell'inammissibilità della proposta, indica, tra le altre, il fatto che il debitore abbia subito, *"per cause a lui imputabili"*, uno dei provvedimenti di cui all'art. 14 e 14 *bis*; talché, non sarà preclusa al debitore, salvo il ricorrere di differenti condizioni di inammissibilità, la possibilità di presentare una nuova proposta di accordo o piano (4) non potrà essere disposta la conversione in procedura liquidatoria, la quale, come detto, richiede l'imputabilità al debitore.
Ove, al contrario l'impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione derivi da *ragioni imputabili al debitore*: (1) sarà preclusa al debitore la possibilità, di cui all'art. 13 comma 4 *ter*, di modificare la proposta; (2) l'accordo verrà, su istanza dei creditori, dichiarato risolto ai sensi dell'art. 14, comma 2, mentre con riferimento al piano del consumatore verrà dichiarata, sempre su istanza dei creditori, la cessazione degli effetti dell'omologa ai sensi dell'art. 14 *bis*, comma 2, lett. b); (3) sussisterà la condizione di inammissibilità di cui all'art. 7, co. 2, lettera c) (allorquando il debitore decida di presentare una nuova proposta di accordo o piano); sarà quindi ammessa quale unica possibilità la presentazione di una domanda di liquidazione del patrimonio *ex* art. 14 *ter* ss.; (4) potrà essere disposta la conversione in procedura liquidatoria ai sensi dell'art. 14 *quater*.
Per concludere, se ci si domanda quale sia il ruolo dell'OCC nelle sopra descritte vicende patologiche delle

procedure di composizione della crisi, anche se la legge non attribuisce espressamente a tale organismo una legittimazione attiva nella presentazione delle diverse azioni, non di meno gli conferisce il delicato compito di suscitare, in un certo senso, l'impulso del ceto creditorio. Il riferimento va ai primi due commi dell'art. 13, i quali conferiscono all'OCC i seguenti poteri e finanche doveri: (a) risolvere tutte le eventuali difficoltà insorte nel corso dell'esecuzione dell'accordo e del piano; (b) vigilare sull'esatto adempimento dello stesso; (c) oltre a comunicare ai creditori ogni eventuale irregolarità; (d) sottoporre al giudice della procedura le eventuali contestazioni che hanno ad oggetto la violazione di diritti soggettivi.

6. Le patologie della procedura di esdebitazione ex art. 14 terdecies

Nella procedura liquidatoria non sembrerebbero esservi particolari vicende patologiche normate, fatta salva l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 14 *novies*, che, ricalcando la disposizione di cui all'art. 13, comma 3, consente al giudice di sospendere, in ogni caso, con decreto motivato, gli atti di esecuzione del programma di liquidazione, allorquando *"ricorrano gravi e giustificati motivi"*.
Differentemente, nella procedura di esdebitazione conseguente alla chiusura della liquidazione, la legge n. 3 del 2012, all'art. 14 *terdecies*, comma 5, contempla una ipotesi di *revoca*, che in un certo senso ricalca il caso di annullamento dell'accordo di cui all'art. 14, comma 1 e di cessazione dell'omologazione del piano ai sensi dell'art. 14 *bis*, comma 2, lettera a), nonché il caso di revoca e cessazione degli effetti dell'omologazione di cui agli artt. 11, comma 5 e 14 *bis*, comma 1. Con due particolari differenze, però: (1) mentre la menzionata azione di annullamento o di cessazione degli effetti dell'omologazione dell'accordo e del piano può essere esercitata entro un certo termine (ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 14 e del comma 3 dell'art. 14, a pena di decadenza, sei mesi dalla scoperta e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento), in sede di esdebitazione, il provvedimento esdebitatorio, a norma del comma quinto dell'art. 14 *terdecies*, può essere revocato *in ogni momento*; (2) mentre la revoca e cessazione degli effetti di cui agli artt. 11, comma 5 e 14 *bis*, comma 1, dell'accordo e del piano può essere dichiarata anche d'ufficio, il provvedimento di esdebitazione può essere revocato solo su istanza dei creditori. Quanto alla casistica indicata dalla norma, il provvedimento esdebitatorio è revocabile in ogni momento, su istanza dei creditori, se risulta: (a) che è stato concesso ricorrendo l'ipotesi di cui al comma 2, lettera b) dell'art. 14 *terdecies* (vale a dire, quando il debitore nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, o simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri); (b) che è stato dolosamente o con colpa grave aumentato ovvero diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo, o simulate attività inesistenti. L'ipotesi di cui alla lettera a) ricorda quella di cui all'art. 11, comma 5 e 14 *bis*, comma 1 (pur essendo nel caso dell'esdebitazione molto più puntuale e dettagliata); l'ipotesi di cui alla lettera b) ricorsa quella contemplata dall'art. 14, comma 1 e 14 *bis*, comma 2, lettera a).
Quanto agli aspetti processuali, la procedura di fatto è sempre la medesima: ai sensi del comma sesto dell'art. 14 *terdecies*, si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss. cod. proc. civ.; il reclamo si propone avanti al tribunale in composizione collegiale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il decreto.

7. Le patologie della ristrutturazione dei debiti del consumatore e del concordato minore

7.1. Le patologie della ristrutturazione dei debiti del consumatore

Con l'approvazione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che, tuttavia, per espressa previsione normativa (cfr. art. 389, comma 1), entrerà in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (vale a dire a decorrere dal 15 agosto 2020), il legislatore, oltre a sostituire le procedure di accordo di composizione della crisi e di piano del consumatore con quelle di ristrutturazione dei debiti del consumatore e di concordato minore, ha specificamente dedicato alle fasi patologiche delle stesse una disciplina maggiormente omogenea e semplificata.
Procedendo con ordine, nella ristrutturazione dei debiti del consumatore, secondo la più attenta dottrina, "*le vicende* [...] *, almeno dal punto di vista della relativa nomenclatura e da quello sistematico risultano assai semplificate rispetto alla disciplina dettata in proposito dalla l. n. 3/2012*"[3].

[3] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, op. cit.*, pag. 127.

Può operarsi una preliminare distinzione tra vicende che possono verificarsi dopo l'apertura della procedura, ma prima dell'omologazione e vicende che possono verificarsi dopo l'omologazione.

Quanto alle prime, può verificarsi l'ipotesi di cui al decimo comma dell'art. 70: il diniego dell'omologazione. In tale caso, il giudice investito della procedura provvede con decreto motivato e dichiara l'inefficacia delle misure protettive accordate. Su quest'ultimo aspetto, secondo la più autorevole dottrina, "[...] *trattandosi di declaratoria di inefficacia le procedure eventualmente sospese non dovranno essere riassunte ai sensi dell'art. 627 c.p.c., ma semplicemente riprenderanno come mai fossero state sospese, e quindi eventuali atti che fossero stati posti in essere nel frattempo acquisterebbero piena efficacia*"[4]. Al verificarsi di tale particolare ipotesi, ai sensi del combinato disposto dei commi 10 e 11 dell'art. 70, il debitore ovvero il creditore o il PM (ma in queste ultime due ipotesi solo nei casi di frode) possono domandare al tribunale (in composizione collegiale) l'apertura della procedura liquidatoria di cui agli artt. 268 ss. del Codice. E ciò precisa la dottrina, *"assorbe la previsione della revoca come arresto intermedio della procedura, così come concepito dall'art. 106 C.C.I. per l'ipotesi del concordato preventivo"*[5]. Nella fase successiva all'apertura, bensì antecedente alla omologazione, ben potrebbero verificarsi altre ipotesi che potrebbero condurre all'arresto della procedura: si pensi, a titolo di esempio, il pagamento dei debiti pregressi (su tale aspetto è lo stesso art. 67, comma 5, che, con riferimento al debito derivante da contratto di mutuo ipotecario insistente sull'abitazione principale, consente al debitore il pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto alla data della presentazione della domanda, al ricorrere di determinate condizioni e previa autorizzazione giudiziale), ovvero la carenza della qualità soggettiva di consumatore (come definito dall'art. 2, comma 1, lettera e) del C.C.I.). Ipotesi che potrebbe verificarsi nel caso in cui il ricorrente, imprenditore o professionista, intenda ristrutturare debiti di natura mista. In tale caso, la dottrina ritiene che non vi siano preclusioni perché il debitore possa, in caso di inammissibilità della domanda di ristrutturazione dei debiti del consumatore, presentare una domanda di concordato minore di cui agli artt. 74 e seguenti, in alternativa alla domanda di liquidazione controllata del sovraindebitato, vigente il disposto di cui all'art. 270, comma 1, del Codice, il quale subordina l'apertura della liquidazione all'assenza di domanda di composizione della crisi[6].

Nel caso in cui l'arresto della procedura dovesse intervenire in una fase ancora anteriore rispetto all'apertura della procedura, la dottrina ritiene applicabile il disposto di cui all'art. 268, *"con conseguente facoltà per lo stesso debitore e i creditori di chiedere l'apertura della liquidazione controllata nelle forme ivi disciplinate"*[7].

Nella fase successiva all'omologazione, le vicende patologiche sono disciplinate dall'art. 72. E il legislatore, in tal caso, parla specificamente di revoca dell'omologazione. La norma in esame prende in considerazione tre eventi che ben possono condurre alla revoca dell'omologa: (1) quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo o dolosamente simulate attività inesistenti (trattasi, nella sostanza, dei tre eventi già contemplati dall'art. 14 *bis*, commi 1 e 2, lett. a) della L. n. 3/2012 e al verificarsi dei quali la legge ricollegava quale conseguenza la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore); (2) in caso di inadempimento degli obblighi previsti nel piano (trattasi, in sostanza, della stessa ipotesi già prevista dall'art. 14 *bis*, comma 2, lett. b) della L. n. 3/2012 al cui verificarsi la legge ricollegava la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore); (3) qualora il piano sia divenuto inattuabile e non sia possibile modificarlo (anche in questo caso il riferimento va all'analoga previsione di cui all'art. 14 *bis*, comma 2, lett. b), della L. n. 3/2012).

Esaminiamo più nel dettaglio le ipotesi di cui al n. 2. Quanto alla nozione di inadempienza, secondo la dottrina essa *"va ricercata nel codice civile, e quindi sebbene la norma in commento non lo espliciti, la revoca è anche qui esclusa nell'ipotesi in cui l'inadempimento medesimo sia di scarsa importanza (art. 119 C.C.I. e 1455 c.c.), pertanto non caratterizzato da un significativo scostamento rispetto alla percentuale prevista"*[8]. Il dubbio sul fatto se la percentuale offerta dal debitore sia orientativa ovvero vinco-

[4] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 127.
[5] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 128.
[6] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 128.
[7] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 128.
[8] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 131.

lante rileva solo se la stessa dovesse considerarsi vincolante, atteso che in questo caso ogni pur minimo discostamento dallo stesso potrebbe in un certo senso giustificare l'accoglimento di una domanda di risoluzione. In proposito, in dottrina si ritiene che *"il debitore in linea generale non è tenuto a vincolarsi ad un minimo garantito con efficacia obbligatoria, salvo ovviamente il limite del soddisfacimento del credito in misura non economicamente irrilevante"*, come peraltro indicato dalla giurisprudenza in tema di concordato preventivo, ma i cui principi potrebbero ritenersi applicabili, sempre secondo la dottrina, anche all'istituto del sovraindebitamento[9].

Quanto alla nozione di inattuabilità sopravvenuta del piano, la fattispecie deve essere individuata attraverso il disposto di cui all'art. 1463 c.c. e, quindi, identificata con un fatto non imputabile al debitore ai sensi e per gli effetti dell'art. 1218 c.c., anteriore all'inadempimento e di carattere definitivo (cfr. artt. 1256 e 1258 c.c.). A tal fine, in dottrina si ritiene che l'impossibilità temporanea non sia d'ostacolo alla sopravvivenza del piano purché a sopravvivere sia anche l'interesse dei creditori. Di conseguenza, *"sarà inadempiente e non anche impossibilità ad adempiere, il debitore che colpevolmente ignora l'impossibilità, e così pure colui che promette una prestazione della quale, altrettanto colpevolmente, non sa prevedere la futura impossibilità"*[10].

Nelle ipotesi di cui al n. (1), il giudice revoca l'omologazione d'ufficio o su istanza di un creditore, del PM o di qualsiasi altro interessato; *"allo stesso modo"*, il giudice provvede nelle ipotesi di cui ai nn. (2) e (3).

È interessante osservare, quanto alla legittimazione attiva, le differenze rispetto alla legge n. 3/2012 s.m.i.: in quest'ultima fonte, non era in alcun caso prevista la legittimazione del PM né un'iniziativa d'ufficio nei casi di cui all'art. 14 *bis*, comma 2, lett. a) e b), ma solo nel caso di frode contemplato all'art. 14 *bis*, comma 1. Né il legislatore del 2012 aveva contemplato il riferimento a *qualsiasi altro interessato*. Con riferimento al potere di iniziativa del PM, lo stesso, secondo la dottrina, *"deve ammettersi, se si tiene conto dell'interesse pubblico all'esdebitazione del consumatore e quindi all'adempimento del relativo piano, soprattutto in rapporto alla ben differente disciplina del concordato minore, cui all'evidenza per l'ipotesi di inadempimento si applica il disposto di cui all'art. 119 C.C.I.»*[11].

Agli indicati casi, deve aggiungersene uno ulteriore, contemplato dall'art. 71, comma 3. Trattasi di una ipotesi di revoca dell'omologazione nel caso in cui il debitore non adempia le prescrizioni indicate dal giudice entro il termine fissato. In particolare, giusto per completezza espositiva e per meglio comprendere la fattispecie, ai sensi del secondo comma dell'art. 71, terminata l'esecuzione del piano, l'OCC, sentito il debitore presenta al giudice il rendiconto. Il giudice, se approva il rendiconto, procede alla liquidazione del compenso dell'OCC e al contempo ne autorizza il pagamento. Se non approva il rendiconto, il giudice indica gli atti necessari per l'esecuzione del piano ed un termine per il loro compimento. Ora, *"se le prescrizioni non sono adempiute nel termine, anche prorogato, il giudice revoca l'omologazione, osservate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 72"*.

Strumentale all'iniziativa d'ufficio del tribunale, appare la previsione di cui al terzo comma dell'art. 72, che, analogamente a quanto previsto dall'art. 13 della l. n. 3/2012 per le procedure di accordo e piano, stabilisce che l'OCC, nella sua veste di ausiliario di giustizia, è tenuto a segnalare al giudice ogni fatto rilevante ai fini della revoca dell'omologazione.

Ai sensi del successivo comma quarto della disposizione, *"la domanda di revoca non può essere proposta e l'iniziativa da parte del tribunale non può essere assunta decorsi sei mesi dalla approvazione del rendiconto"*. Una prima riflessione. Cambiano i termini, rispetto a quanto previsto nella L. 3/2012: in tale fonte, i termini per la domanda di cessazione degli effetti dell'omologazione erano rispettivamente fissati in sei mesi dalla scoperta o due anni dalla scadenza del termine per l'ultimo adempimento previsto (ipotesi di cui all'art. 14 *bis*, comma 2, lettera a) e in sei mesi dalla scoperta ovvero un anno dalla scadenza del termine per l'ultimo adempimento previsto (ipotesi di cui all'art. 14 *bis*, comma 2, lettera b)). Addirittura, non era previsto alcun termine per la domanda di cui all'art. 14 *bis*, comma 1. Nel Codice della crisi, invece, il termine per proporre la domanda di revoca diventa di sei mesi dall'approvazione del rendiconto.

Quanto al termine fissato dal codice, secondo la dottrina, *"se una sua giustificazione ha poi il termine di sei mesi dall'approvazione del rendiconto per l'ipotesi della scoperta dell'atto fraudolento, pare invece poco condivisibile che*

[9] Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro It.*, 2013, I, 1534 e Cass., sez. I, 14 marzo 2014, n. 6022, in *Dir. Fall.*, 2015, II, 190.

[10] Sacco, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto Privato,* Torino, 1982, pag. 539.

[11] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 129.

la stessa disposizione si applichi anche al caso dell'inadempimento ovvero dell'impossibilità, perché qui sarebbe stato più consono far piuttosto riferimento al termine del piano, come accade in materia concordataria. In ogni caso, la scelta di stabilire solo un termine con riferimento alla data di approvazione del rendiconto espone la procedura ad un'istanza di revoca, magari ricollegata all'inadempimento, notevolmente spostata nel tempo rispetto alla data prevista di scadenza del termine del piano"[12].

Sulla richiesta di revoca, ai sensi del quinto comma dell'art. 72 C.C.I., il giudice sente le parti, anche mediante scambio di memorie scritte e provvede alla revoca, con sentenza reclamabile ai sensi dell'articolo 50, o rigetta la richiesta con decreto motivato. Ecco due ulteriori differenze rispetto alla disciplina di cui alla L. n. 3/2012: in primo luogo, la previsione, in luogo dell'udienza, dello scambio di memorie scritte; *in secundis*, la forma dei provvedimenti adottati, che passano dal decreto motivato della legge n. 3/2012, alla sentenza ovvero al decreto motivato (a seconda dell'esito) del Codice della crisi.

Il sesto comma dell'art. 72, invece, ricalca la medesima previsione di cui al quinto comma dell'art. 14 *bis*: la revoca dell'omologazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede (si pensi, ad esempio, agli eventuali aggiudicatari di beni nel frattempo venduti).

Revocato il piano ed eventualmente aperta la liquidazione, la dottrina si è interrogata sulla questione della sorte delle garanzie prestate in favore dell'attuazione del piano di ristrutturazione. A tal riguardo, si ritiene possa trovare applicazione il principio della sopravvivenza delle garanzie in caso di revoca, ovviamente pur nei limiti della percentuale che esse garantiscono[13].

L'ultima vicenda patologica della ristrutturazione dei debiti del consumatore è disciplinata dall'rt. 73, che prevede l'ipotesi di conversione in procedura liquidatoria conseguente a revoca.

In forza della cita disposizione, in caso di revoca dell'omologazione, il giudice, su istanza del debitore (comma 1) o dei creditori o del PM (se la revoca consegue ad atti di frode o di inadempimento), dispone la conversione in liquidazione controllata; in tale ipotesi, concede termine al debitore per l'integrazione della domanda e provvede a norma dell'art. 270 del Codice.

7.2. Le patologie del concordato minore

Con riferimento alle patologie del concordato minore, il Codice della crisi viene a contemplare due soli rimedi: la risoluzione e la revoca. Trattasi di rimedi rispettivamente disciplinati dagli artt. 81 e 82.

Ora, è interessante, anzi tutto, tracciare una linea di demarcazione tra la recente disciplina codicistica e quella precedente di cui alla L. n. 3/2012. Come già ben spiegato nei paragrafi che precedono, le vicende patologiche dell'accordo di composizione della crisi erano fondamentalmente tre: (1) l'annullamento (la cui disciplina era contenuta nell'art. 14, comma 1); (2) la risoluzione (la cui disciplina era contenuta nell'art. 14, comma 2); (3) la revoca e la cessazione di diritto degli effetti dell'omologazione (la cui disciplina era contenuta negli artt. 11, comma 5 e 12, comma 4). Ora, secondo la dottrina, l'impostazione normativa prescelta risentiva ancora della visione originaria della proposta di accordo di composizione quale *"intesa squisitamente contrattuale"*, affine all'accordo di ristrutturazione, *"con la conseguenza che i rimedi riconosciuti ai soggetti interessati risultavano strutturati sulla base dei rimedi civilistici generali"*[14]. La progressiva trasformazione dell'istituto e il suo tendenziale sovrapporsi al concordato preventivo ha indotto il legislatore, non soltanto a modificare la denominazione dello strumento (da accordo di composizione della crisi a concordato minore, scegliendo così una denominazione maggiormente similare a quella del concordato preventivo), ma a rivisitare la disciplina delle patologie, individuando *ex novo* i relativi rimedi. Si ritiene, in particolare, che, venuta meno la natura di intesa squisitamente contrattuale, in fase di approvazione normativa, si sia avvertita l'esigenza di sostituire il termine contrattual-civilistico di annullamento con un altro, la revoca, che potesse comunque condurre alla eliminazione degli effetti dell'omologazione.

Ad ogni modo, pur apprezzabile, la scelta del legislatore finisce per creare una parziale divergenza sistematica atteso che, per il concordato preventivo, il Codice, all'art. 120, mantiene, al contrario, inalterato il termine di annullamento.

Ciò premesso, esaminiamo più da vicino la normativa codicistica.

L'art. 81 (analogamente a quanto previsto rispettivamente dagli artt. 71 e 72 per la ristrutturazione dei debi-

[12] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 129.

[13] Cass. Civ., sez. un., 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Fall.*, 1997, 722.

[14] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 210.

ti del consumatore) contempla tre ipotesi di risoluzione del concordato minore: (1) il mancato adempimento delle prescrizioni dettate dal giudice al momento in cui non approva il rendiconto indicando gli atti necessari per l'esecuzione (art. 81, comma 3); (2) la mancata esecuzione integrale del piano (art. 81, comma 5); (3) la sopravvenuta inattuabilità del piano correlata dall'impossibilità di apportare le necessarie modifiche (art. 81, comma 5). È interessante osservare come, in tale ipotesi, per la ristrutturazione dei debiti del consumatore il legislatore parli di revoca, mentre per il concordato minore di risoluzione. Ma le fattispecie sono le stesse.

Con riferimento alla prima ipotesi, la dottrina saluta con favore la stretta correlazione tra il ruolo di vigilanza dell'OCC, la mancata approvazione del rendiconto da quest'ultimo presentato al giudice e le patologie della fase esecutiva del concordato minore. La fattispecie risolutiva appena descritta, secondo la dottrina, *"appare curiosamente affine all'istituto contrattuale della diffida ad adempiere"*[15], essendo questa caratterizzata dalla compresenza di una sollecitazione all'adempimento e dall'assegnazione di un determinato termine entro il quale ottemperare a tale sollecitazione. Appare tuttavia una fattispecie peculiare, in quanto, in questo caso, la sollecitazione all'adempimento proviene direttamente dal giudice. Alcuni punti poi non sono ancora chiari: ad esempio, non è chiaro se la sollecitazione sia rivolta al debitore ovvero all'OCC; se il debitore o l'OCC possa muovere una qualche contestazione. Certo è che il termine concesso debba, quanto meno, essere adeguato alla complessità degli atti richiesti e, come anche previsto dal comma terzo dell'art. 81, può essere anche ove del caso prorogato. Ad ogni modo, trattasi di un'ipotesi questa di *"risoluzione del concordato in presenza di un inadempimento solo parziale del medesimo"*: ciò comporta che non potrà che trovare applicazione il limite della scarsa importanza dell'adempimento, il quale non consentirà di attivare il meccanismo risolutivo di cui alla norma in esame nel caso in cui la mancata esecuzione del piano appaia minima[16].

Con riferimento poi alla seconda ipotesi, ferma restando l'applicazione, anche in questo caso, del limite della scarsa importanza del mancato adempimento parziale (già esaminato poc'anzi), la dottrina tiene a precisare come la locuzione *"mancata esecuzione integrale del piano"* non debba generare un equivoco interpretativo; in tal senso, «*appare logico ritenere che la locuzione non vada intesa nel senso che il concordato minore può essere risolto solo se è rimasto totalmente inattuato (cioè nessuna delle parti del piano e della proposta sono state attuate), bensì nel senso che la risoluzione è esclusa solo dall'integrale esecuzione di piano e proposta (può essere dichiarata quando anche solo alcune delle parti di proposta e piano sono rimaste ineseguite)*[17].

Con riferimento alla terza ipotesi, si ritiene che la stessa si ispiri evidentemente al noto istituto contrattuale dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Talché, l'inattuabilità del piano potrà essere anche parziale, ma dovrà comunque essere sopravvenuta. Fosse, infatti, il piano inattuale sin *ab origine*, lo stesso sarebbe infattibile e dunque il provvedimento di giudice delegato non potrebbe che essere stato un decreto di diniego dell'omologazione.

Curioso appare, secondo la più attenta dottrina, il riferimento del legislatore nelle menzionate tre ipotesi al piano, anziché alla proposta. Ciò che interessa ai creditori in realtà è l'esecuzione della proposta, vale a dire l'ipotesi di soddisfacimento prospettato, piuttosto che il piano, vale a dire lo strumento programmatico atto a realizzare la proposta. Con maggior favore viene salutato il precedente riferimento agli *"obblighi derivanti dall'accordo"* contenuto nell'art. 14, comma 2, della L. n. 3/2012. Talché, sarebbe stato forse maggiormente opportuno che il Codice, nel disciplinare le ipotesi di risoluzione di cui all'art. 81, avesse fatto riferimento alla mancata esecuzione integrale ed alla sopravvenuta inattuabilità della proposta, piuttosto che del piano.

Piuttosto vaga appare poi la locuzione *"e non sia possibile modificarlo"*, contenuta nel quinto comma dell'art. 81. Il giudice, in altri termini, potrebbe pronunciare la risoluzione, nei casi di mancata esecuzione integrale del piano o di sopravvenuta inattuabilità dello stesso, allorquando non sia più possibile modificarlo. Ora, tale inciso appare carente da un punto di vista normativo, non essendo ben chiare le modalità, anche procedurali per la modifica del piano ovvero anche solo la misura del coinvolgimento dell'OCC. Anche in tal senso, la L. n. 3/2012 aveva creato una disposizione *ad hoc* certamente più chiara e precisa (il riferimento va all'art. 13, comma *4 quater*, già esaminato).

[15] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 211.
[16] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 212.
[17] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 212.

Da un punto di vista squisitamente processuale, l'azione di risoluzione sconta le regole, in quanto compatibili, di cui all'art. 82 in tema di revoca. Talché, il giudice procederà a dichiarare la risoluzione d'ufficio o su istanza di un creditore, del PM o di qualsiasi altro interessato, in contradditorio con il debitore. Prima di procedere alla risoluzione, il giudice sente le parti, anche mediante scambio di memorie scritte. In caso di declaratoria di risoluzione, pronuncia sentenza reclamabile ai sensi dell'art. 50; nel caso di rigetto, decreto motivato. Più dubbia appare l'applicabilità del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione *ex* art. 82. Tale termine, più in particolare, come precisa il primo comma della citata disposizione, è fissato in sei mesi dall'approvazione del rendiconto. Sennonché, posto che il rendiconto, di fatto, viene approvato dal giudice, *ex* art. 81, comma 2, una volta terminata l'esecuzione del piano, va da sé, che un'azione in cui appunto si lamenti la mancata esecuzione del piano non possa presupporre logicamente l'esistenza di un rendiconto. Salvo che non si voglia considerare l'ipotesi di un'erronea approvazione da parte del giudice del rendiconto, sulla base di un errato ed inconsapevole presupposto consistente nell'esecuzione integrale del piano (in realtà mai avvenuta).
Terminata l'analisi della fase patologica scaturente nella risoluzione, esaminiamo ora il secondo rimedio: la revoca. Come detto, la disciplina della revoca è contenuta nell'art. 82. Essa ricalca, nella sostanza, la disciplina dell'annullamento dell'accordo di composizione della crisi di cui al primo comma dell'art. 14 e la revoca e la cessazione di diritto degli effetti dell'accordo di cui al quinto comma dell'art. 11. Analoghe, infatti, sono le casistiche: (a) quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo; (b) o quando è stata dolosamente o con colpa grave sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo; (c) o quando dolosamente sono state simulate attività inesistenti; (d) quando risultano commessi altri atti diretti a frodare le ragioni dei creditori.
Le ipotesi di cui alle lettere a), b) e c) ricalcano, nella sostanza, le ipotesi di cui all'art. 14, comma 1, L. 3/2012. Viene tuttavia meno la tassatività delle ipotesi di annullamento/revoca, prima presenti (per l'annullamento) nell'art. 14, comma 1, L. 3/2012.
L'ipotesi di cui alla lettera d) ricalca, invece, l'ipotesi di cui all'art. 11, comma 5, L. 3/2012.
In ordine all'ipotesi di cui alla lettera a), non si può che segnalare l'innovatività della previsione della dolosa o colposa diminuzione del passivo quale causa di revoca del concordato minore. Trattasi di una ipotesi come detto innovativa, in quanto non prevista nel concordato preventivo (art. 173 L. fall.). Secondo la dottrina, la ragione di tal differente e finanche dirompente previsione (rispetto alla disposizione sulla analoga procedura di concordato preventiva) potrebbe essere individuata nel particolare fatto che "[...] *come nell'accordo, così anche nell'attuale concordato minore, non vi è alcuna minima fase di accertamento ovvero anche solo verifica dell'entità del passivo (come invece avviene nella relazione del commissario giudiziale di concordato) e che la diminuzione del passivo potrebbe indurre i creditori a valutare in modo inadeguato non soltanto l'entità del proprio soddisfacimento ma anche la possibilità di concreta esecuzione del piano*".[18]
Ora, al fine di poter valutare se la condotta colposa del debitore sia *grave* ovvero anche solamente se la parte dell'attivo sottratta o dissimulata sia *rilevante*, il parametro di riferimento, secondo la dottrina, deve essere rappresentato dalla valutazione dell'idoneità dell'alterazione, dissimulazione o sottrazione ad incidere sulla corretta rappresentazione dei fatti da parte dei creditori, influenzandone la conseguente espressione di voto.
Da un punto di vista processuale, valgono le regole di cui all'art. 82, già enunciate e relativamente alle quali ci si richiama integralmente.
Come per la ristrutturazione dei debiti del consumatore, anche per il concordato minore, il Codice della crisi ha dedicato una disposizione alla conversione in procedura liquidatoria. La disciplina è contenuta nell'art. 83 e ricalca quella di cui all'art. 73 in tema di ristrutturazione dei debiti del consumatore. Talché, in ogni caso di revoca (art. 82) o risoluzione (art. 81), il giudice, su istanza del debitore (art. 83, comma 1) o, se la revoca o la risoluzione consegue ad atti di frode o di inadempimento (art. 83, comma 2), su istanza anche dei creditori o del PM, dispone la conversione in liquidazione controllata. In tale caso, il giudice, ai sensi del terzo comma dell'art. 83, concede termine al debitore per l'integrazione della documentazione e provvede ai sensi dell'art. 270 del Codice.

8. Conclusioni

Come si ha avuto ben modo di esporre in modo approfondito nei paragrafi che precedono, la sensazione che si prova nel leggere le disposizioni contenute nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza dedicate alle pa-

[18] Crivelli, Fontana, Leuzzi, Napolitano, Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, pag. 216.

tologie della ristrutturazione dei debiti del consumatore e del concordato minore è sicuramente quella di salutare con favore l'apprezzabile tentativo del legislatore delegato di consentire agli operatori, a differenza di quanto accaduto con la L. n. 3/2012, di beneficiare di un quadro normativo maggiormente organico e così semplificato. Sennonché, con alcune significative criticità, già peraltro segnalate nei paragrafi finali di questo contributo, su cui di certo occorrerebbe mettere mano. Si pensi, ad esempio, al termine di decadenza, non chiaro, entro e non oltre il quale deve essere esercitata l'azione di revoca nella ristrutturazione dei debiti del consumatore o quella speculare di risoluzione del concordato minore; ovvero, alla disciplina, sempre poco vaga e poco chiara, relativa alla modifica del concordato minore. Gli esempi sono numerosi.

L'auspicio è che il legislatore delegato, profittando della possibilità concessagli con la nuova delega di cui alla legge, 8 marzo 2019, n. 20, possa mettere mano nuovamente alla disciplina, predisponendo così tutti i diversi necessari ritocchi, che altro risultato non porterebbero se non quello, particolarmente auspicato dall'Unione Europea, di creare, all'interno dell'ordinamento, un rimedio concorsuale efficace ed efficiente.

TRUST E INTERVENTO DEL CONDOMINIO NELL'ESECUZIONE FORZATA

Intervento del Condominio nell'esecuzione forzata per spese condominiali di immobili inclusi nel trust (Tribunale di Macerata, sentenza del 31 maggio 2019 n. 652)[1]

di Caterina Pasini

del 5 dicembre 2019

I fatti di causa

Tribunale di Macerata, sentenza del 31 maggio 2019 n. 652

I sigg.ri M. O. e M.C. P. proponevano opposizione avverso l'atto di intervento nella procedura esecutiva immobiliare n. 226/12 R.G.Es. del Condominio di via (omissis), in persona dell'amministratore.

Esponevano gli opponenti che la procedura aveva preso le mosse da una iniziativa del creditore ipotecario U. B. spa in forza di iscrizione ipotecaria precedente alla istituzione in data 6.12.11 del trust denominato "Trust E." nel quale erano confluiti i beni oggetto della espropriazione, dei quali gli opponenti, già proprietari dei beni conferiti in trust e trustee del medesimo, sostenevano la impossibilità di aggressione ad opera di terzi.

Facevano riferimento, nell'atto di opposizione, alla Convenzione dell'Aia del 1.7.85, ratificata con L. 364/89 (clausola 5.1) ed indicavano la Trust Jersey Law quale legge applicabile al trust come da clausola 10.1 del contratto medesimo.

Il giudice sottolineava come fosse onere delle parti produrre la relativa regolamentazione, estranea essendo ai doveri cognitivi del giudice la ricerca della disciplina legale straniera da applicarsi alla fattispecie, non essendo essa oggetto di un rinvio in sede legislativa.

Ne derivava che non avendovi provveduto parte opponente non potesse, a parere del giudice, operarsi alcuna valutazione sulla regolamentazione dell'accordo e sulla eventuale segregazione dei beni (cioè loro sottrazione ai creditori) già in proprietà dei soggetti che costituiscono il trust, pur dandosi atto che questo è il fine primario del contratto.

Peraltro, poichè erano stati nominati trustee proprio i precedenti proprietari dei beni, odierni opponenti, proseguiva il Tribunale di Macerata, sarebbe stato necessario un (impossibile) esame particolarmente approfondito della disciplina regolatrice del contratto.

A prescindere da questi aspetti il Tribunale riteneva l'opposizione infondata sotto un ulteriore aspetto: i costituenti (disponenti) erano anche trustee del patrimonio conferito in trust: pertanto secondo la disciplina generale, erano divenuti titolari dei beni patrimoniali o dei diritti previsti dal disponente con la stipula del trust e dovevano quindi attenersi ad una serie di obblighi e di doveri inerenti alla gestione del patrimonio, amministrando i beni a favore dei beneficiari, oppure per raggiungere uno scopo, pur senza poterne disporre o potersene servire personalmente.

Il credito azionato dal Condominio non solo era portato da titolo esecutivo nei confronti degli opponenti (questione incontroversa e comunque fornita di prova documentale), ma anche relativo alle spese condominiali di immobili inclusi nel trust (circostanza parimenti incontroversa): tali spese, giacché relative alla gestione dei beni andavano ovviamente poste in capo al trustee proprio per i suoi obblighi di gestione secondo la diligenza del buon padre di famiglia (e cioè anche pagando le spese di gestione); e vanno poste anche in capo al proprietario dei beni (figure che nella specie coincidono) proprio in considerazione della loro qualità dominicale.

[1] Contributo tratto dalla relazione effettuata nel corso del Convegno de L'Aula Civile "Il punto su: il procedimento per Cassazione - L'esecuzione forzata - Deontologia e processo" (Bologna, 11 ottobre 2019)

Il Tribunale, in virtù di tali considerazioni respingeva dunque l'opposizione alla esecuzione.

****

Come ormai noto, il trust consiste in un atto di disposizione patrimoniale, mediante il quale un soggetto detto disponente si "spossessa" di uno o più beni, trasferendoli al trustee affinché detti beni siano amministrati nell'interesse di un terzo beneficiario o per uno specifico fine, secondo quanto da lui stesso programmato nell'atto costitutivo.

È possibile, e questo pare essere il caso di specie, che il disponente trasferisca a sé stesso in qualità di trustee i beni, istituendo un c.d. trust autodichiarato. In tale fattispecie si realizza una coincidenza soggettiva con mancanza di effettivo trasferimento di beni, sostituita da un vincolo di destinazione in vista di un determinato fine[2].

Dalla creazione di tale patrimonio distinto e specifico sorge un rapporto fiduciario in quanto il trustee assume, al momento dell'accettazione del proprio incarico, una serie di doveri che, a seconda delle leggi regolatrici applicate, si possono sintetizzare nel non trarre vantaggio dal proprio ufficio, nel proteggere i beni che gli sono stati trasferiti e di agire nell'interesse dei beneficiari.

È ormai pacifico che il conferimento dei beni in trust non attua alcuno sdoppiamento del diritto di proprietà, ma solo il trasferimento di un diritto dal disponente al trustee connesso ad un obbligo di amministrazione e di gestione.

Il trustee, nell'accettare l'incarico, dovrà amministrare, reinvestire, reimpiegare secondo standards di diligenza i beni a lui intestati, tenendo come *focus* primario la realizzazione delle finalità indicate dal disponente nel programma del trust e nell'interesse dei beneficiari dello stesso.

Caratteristica fondamentale del trust è la c.d. segregazione fiduciaria di beni finalizzata all'attuazione del programma di trust individuato dal disponente nell'atto istitutivo.

Tale segregazione comporta che i beni e le situazioni soggettive confluite nel fondo in trust siano sottratte alle regole generali in materia di responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) così come alle regole in tema di matrimonio e di successioni. Ciò, nel senso che i beni in trust anche se si esteriorizzano come di proprietà del trustee, non possono essere mai confusi con il suo patrimonio personale.

Si consideri che il disponente nel momento in cui trasferisce i beni al trustee esegue un affidamento pieno, senza dar vita ad una persona giuridica nuova per cui si creano sfere del tutto separate da considerarsi patrimoni a sé stanti. Ciò implica che il trust, pur essendo un centro autonomo di imputazione giuridica, non è dotato di personalità giuridica, con una serie di ripercussioni anche in materia di esecuzione forzata: ad esempio, il pignoramento di beni immobili eseguito nei confronti di un trust in persona del trustee, e non di quest'ultimo, è illegittimo[3],

La giurisprudenza di merito è altresì compatta nel ritenere che in virtù dell'effetto segregativo i creditori del trustee (così come quelli del disponente) non possano attaccare i beni a quest'ultimo trasferiti[4].

---

[2] Il trust autodichiarato è riconosciuto dalla giurisprudenza interna, Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, *in Guida al diritto* 2007, 26, 50, nota di Finocchiaro.

[3] Cass. civ., 27 gennaio 2017, n. 2043 . Cfr. anche Cass. civ., 22 dicembre 2015, n. 25800, la quale aveva precisato che il trust non è un ente dotato di personalità giuridica ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, nell'interesse di uno o più beneficiari, e formalmente intestati al trustee, il quale, pertanto, disponendo in via esclusiva dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato, è l'unico soggetto legittimato a farli valere nei rapporti con i terzi, anche in giudizio in quanto il trust è un mero insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, formalmente. Nel merito, Trib. Reggio Emilia, sez. II, 25 febbraio 2014 n. 370 per cui la notifica dell'atto di pignoramento e la trascrizione dello stesso sono invalide, e la nullità è rilevabile d'ufficio, se eseguite nei confronti del trust, dovendo invece notifica e trascrizione di atti riguardanti i beni in trust essere eseguite nei confronti del trustee; Trib. Reggio Emilia, 25 marzo 2013 ha dichiarata l'improcedibilità del pignoramento eseguito nei confronti di un trust, e non nei confronti del trustee, per inesistenza del soggetto escusso, evidenziandosi, ancora una volta, che il trust è un rapporto fra soggetti, non è un ente autonomo a sé stante, né è provvisto di soggettività giuridica, né opera tramite il trustee, essendo, per converso, il trustee ad agire nella sua qualità di titolare dei beni. Per entrambe testo e nota di Corsini, *L'espropriazione forzata immobiliare (erroneamente) proposta contro il trust in persona del trustee* in *Giur. It., 2*014, 8-9 che cita la dottrina italiana contraria a configurare una forma di personalità giuridica od anche solo di soggettività, in capo al *trust* M.A Lupoi, *Profili processuali del* trust, in *Trusts*, 2009, 166; Pagni in AA.VV., *Il* trustee *nella gestione dei patrimoni* a cura di Zanchi, Torino, 2009, 572; Berlinguer, *The Italian Road to Trusts*, in *Rev. Europ. Droit Priv.*, 2007, 537; Montinaro, Trust *e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, 32 e segg.; Chizzini, *Revoca del* trustee *e legittimazione all'azione possessoria*, in *Trusts*, 2000, 50; M. Stella Richter, *A proposito di* trust *, società e persona giuridica*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2000, 891 e segg.; Graziadei, voce "Trusts nel diritto angloamericano", in *Digesto Comm.*, Torino, 1999, XVI, 258; Id., *Diritti nell'interesse altrui.* Undisclosed agency *e* trust *nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, 385-386; Gambaro, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei* «trusts *» nei paesi di* «civil law *»*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, 101.

[4] Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie* 2005, 83, per cui il creditore del disponente, alla medesima stregua di quello personale del trustee, non può aggredire, con azione esecutiva di espropriazione, i beni che il debitore ha trasferito al trustee con atto avente data certa anteriore al pignoramento;

Solo laddove sia esperita con successo l'azione revocatoria dell'atto di conferimento di beni in trust da parte del debitore nei cui confronti detto atto sia stato dichiarato inefficace, il creditore potrà legittimamente sottoporre a pignoramento i beni che siano nella titolarità del trustee facendo ricorso, se del caso, alle forme dell'espropriazione presso il terzo proprietario (artt. 2910, comma 2, cc. e 602 e ss. c.p.c.) atteso il venir meno del vincolo segregativo nascente dall'atto istitutivo del trust[5].

Si può dunque definitivamente affermare che dalla segregazione patrimoniale deriva che il fondo in trust rimane protetto rispetto alle eventuali aggressioni esecutive connesse a rapporti obbligatori facenti capo al trustee, ma estranei agli "scopi" del trust con un'inopponibilità generalizzata del trust nei confronti delle pretese esecutive dei creditori personali, così del disponente, come del trustee.

I beni, dunque, non sono suscettibili di essere attinti da un'esecuzione forzata per debiti che non maturino in relazione alla loro gestione da parte del trustee, in funzione dello scopo impresso nell'atto costitutivo del trust, restando esclusi tutti i creditori estranei al momento gestorio del trust.

A ben riflettere il vero senso della segregazione sta proprio nell'assicurare l'adempimento delle obbligazioni fiduciarie del trustee con la certezza che sui beni del trust si potranno soddisfare esecutivamente solo quei creditori verso i quali il trustee abbia maturato debiti connessi all'amministrazione dei beni.

Naturalmente, il trustee è tenuto a rispondere delle obbligazioni di gestione del trust nei soli limiti del valore del relativo fondo solo qualora abbia avuto l'accortezza di dichiarare, in concomitanza con la stipula dell'atto di amministrazione dei beni del fondo "fiduciario" di intervenirvi nella qualità appunto di trustee. In protezione dell'affidamento dei terzi creditori e in ossequio a principio di autoresponsabilità.

Con queste premesse si comprende la ratio seguita dal Tribunale di Macerata nel rigettare l'opposizione presentata dai due disponenti-trustee del trust Ettore.

Le spese condominiali riguardavano infatti beni immobili conferiti nel trust, ossia spese appunto relative alla gestione dello stesso. Sussistendo un titolo esecutivo per poter partecipare all'esecuzione forzata intrapresa dai creditori ipotecari dello stesso trust[6], lo schermo della segregazione patrimoniale non si è potuto utilizzare per giustificare un inadempimento chiaramente connesso alla sua amministrazione e posto in essere dai due soggetti trustee nell'adempimento delle proprie obbligazioni fiduciarie.

Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in *Trusts e Attività Fiduciarie* 2007, 266 per cui i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni del trust e dunque, tali beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del trust o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costituito

[5] In tal senso, Trib. Torino, 5 maggio 2009 in www.dejure.giuffre.it, per cui la notifica del titolo esecutivo e del precetto va effettuata anche al terzo con indicazione del bene che si intende espropriare.

[6] Per una fattispecie simile Tribunale di Mantova 9 febbraio 2018 con nota di Mafficini, *Esecuzione su bene ipotecato in trust*, in *Trusts*, 5, 2018, p. 562 che, peraltro, ribadisce la carenza di legittimazione passiva del disponente e riafferma, in ossequio all'orientamento della Suprema Corte e della giurisprudenza di merito, l'esclusiva legittimazione passiva del trustee nel processo esecutivo immobiliare.

NEW DEAL PER I CONSUMATORI

New deal per i consumatori: l'elaborazione della direttiva UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi

di Caterina Silvestri

del 12 dicembre 2019

L'esigenza di prevedere forme di tutela in grado di reagire a comportamenti *contra ius* suscettibili di ledere, in ragione della vastità del mercato o della comunità verso cui sono rivolti, un numero ampio e potenzialmente indeterminato di soggetti, costituisce un tema che, più di altri, rispecchia la società di riferimento, sia sul piano politico sia su quello giuridico. Si tratta, invero, di «tecniche di reazione» che, quasi senza eccezione, si rivolgono alla tradizione giuridica del sistema che le concepisce, mutuandone le categorie tradizionali, trasferendovi la propria mentalità più o meno conservatrice e, non da ultimo, i propri limiti anche di natura organizzativa e economica.

Il dibattito europeo, pur presente da anni e oggetto di corsi e ricorsi di interesse, ha subito una decisa accelerazione in seguito all'*affaire* sorto con riferimento alle emissioni delle auto Volkswagen.

È la stessa Commissione dell'Unione Europea ad aver definito questo nuovo corso, forse con eccessiva enfasi, «*new deal* per i consumatori» e collocato lo stesso nel più ampio progetto di lavoro per il 2018, intitolato «Un programma per un'Unione più unita, più forte, più democratica»[1].

Uno dei versanti cruciali di questo cartello di misure riguarda le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori sfociato, come noto, in una proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio[2].

Il quadro che ne risulta è piuttosto prudente, con scelte sensibilmente diverse rispetto alla *class action* statunitense che si offre come paradigma tradizionale, ma difficilmente esportabile, di tutela collettiva[3].

Il progetto di direttiva UE elabora un sistema nel quale gli enti specificamente legittimati rivestono un ruolo chiave, non soltanto nella promozione dell'azione, prerogativa a loro riservata, ma anche per altri versanti non meno cruciali, quali la «descrizione del gruppo» richiesto di tutela (che prescinde dalla identificazione dei consumatori) e la individuazione delle «questioni fatto e di diritto da risolvere nell'ambito dell'azione rappresentativa». L'azione dovrebbe avere scopo inibitorio o risarcitorio del danno «effettivo» subito, con esclusione, dunque, di pronunce di danni punitivi (17° considerando). Nei casi più complessi la direttiva prevede «decisioni ricognitive» della responsabilità del professionista sulle quali potranno fare diretto affidamento le successive azioni di ricorso intentate dai singoli consumatori (19° e 34° considerando).

La normativa in questione ha il dichiarato scopo di svolgere un ruolo armonizzatore delle diverse azioni rappresentative nazionali, la cui configurazione resta alla discrezionalità e tradizione giuridica degli Stati membri (24° considerando).

[1] COM (2017) 650 final, può leggersi all'indirizzo *https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-650-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF*, p. 8.

[2] La proposta di direttiva in questione abroga la direttiva 2009/22/CE. Il relativo documento COM/2018/184 final-2018/0089 (COD), può leggersi all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/procedure/IT/2018_89. In tema R. Caponi, Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati uniti e il Dieselgate), in Foro it., 2019, V, c. 7.

[3] Sui tratti essenziali della *class action* americana, anche in chiave culturale, N. Trocker, *Il processo civile e le controversie soggettivamente complesse. «Class actions» negli Usa. E in Europa?*, in *Scritti in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, II, p. 1239 ss.

Si tratta di una timidezza che ricade con particolare evidenza sulle azioni transfrontaliere, interessate da una sola norma (l'art. 16 della direttiva), che lascia sostanzialmente intatto il vuoto attuale nella normativa uniforme, anche sul piano della competenza giurisdizionale e della circolazione delle decisioni. Su quest'ultimo profilo, l'unico elemento aggiunto è costituito dall'art. 16, comma 2, il quale nel caso di violazioni lesive di consumatori di diversi Stati membri, prevede che l'azione «possa essere intentata innanzi all'organo giurisdizionale o amministrativo competente di uno Stato membro (...)». La scelta è, dunque, quella di attribuire rilievo anche per le liti transnazionali intra UE alle regole interne degli Stati membri, con rinuncia a dettare un criterio uniforme di collegamento; nulla si dice se questa "uniformità mediata" della competenza giurisdizionale, consentirà alla decisione di circolare entro lo spazio UE quale decisione europea secondo le previsioni del regolamento n. 1215 del 2012.
La strategia non è, dunque, di particolare accento UE, ma di valorizzazione delle esperienze individuali degli ordinamenti, anche non appartenenti all'Unione, come palesata dal Parlamento europeo sin dall'avvio di questa nuova fase di elaborazione della tutela del consumatore, con l'invito alla Commissione «a proporre una normativa su un sistema armonizzato di ricorso collettivo per i consumatori dell'UE, basato sulle migliori prassi all'interno e all'esterno dell'UE»[4].
Non si tratta dell'unico slancio europeo, perché a esso si affianca l'elaborazione del progetto di *collective redress* dell'*American Law Institute* e di Unidroit, quale parte del più ambizioso processo di redazione di *European Rules of Civil Procedure*, a sua volta mosso dall'approvazione nel 2004 dei *Principles of Transnational Civil Procedure*[5].
In questo contesto culturale e legislativo in movimento, si colloca, come noto, l. 12 aprile 2019, n. 31[6] che ha introdotto nel nostro Paese una «nuova» forma di tutela collettiva, più ampia e articolata, di quella prevista dall'art. 140, Codice Consumo. Il lungo periodo di *vacatio legis* previsto per la sua entrata in vigore (dodici mesi dalla pubblicazione in GU), oltre che funzionale alla *mise en forme* di un coerente processo telematico, come espressamente indica l'art. 7 della legge, potrebbe rivelarsi anche prezioso per un confronto con i criteri UE ove la direttiva dovesse, nel frattempo, giungere all'adozione.

[4] Il testo virgolettato è tratto dalla Relazione alla direttiva che può leggersi unitamente alla direttiva medesima all'indirizzo cit. supra, nota n. 1, p. 3.

[5] Caponi, Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati uniti e il Dieselgate), cit., c. 6.

[6] A commento della nuova legge AA.VV., Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31, a cura di B. Sassani, Pisa, 2019; S. Brazzini-P.P. Muià, La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31, Torino, 2019 Sull'azione precedente G. Afferni, Azione di classe e danno antitrust, Mercato concorrenza regole, 2010, 12.3: 491-526; RORDORF, RENATO. L'azione di classe nel novellato art. 140 bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo). Il Foro Italiano, 2010, 133.6: 183/184-187/188.MENCHINI, Sergio. I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo. Il giusto processo civile, 2010, 3.E. Ferrante, L'azione di classe nel diritto italiano, Padova, 2012, coll. diretta da G. COSTANTINO, La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope, Foro it., 2009, V, c. 388; R. Donzelli, L'azione di classe a tutela dei consumatori, Roma, 2011.

PATTUIZIONE DEL COMPENSO PROFESSIONALE

La valutazione in concreto della legittimità della pattuizione del compenso professionale (Nota a Cassazione civile, sez. II, 16 Ottobre 2019, n. 26212)

di Massimiliano Bina

del 10 dicembre 2019

Sommario

1. La questione affrontata dalla Corte e il principio di diritto affermato
2. La giurisprudenza formatasi nel regime dell'inderogabilità "debole" dei minimi tariffari
3. L'"onerosità debole" del mandato professionale in seguito alla legge Bersani
4. La necessità di una valutazione in concreto della legittimità della pattuizione del compenso professionale

La convenzione stipulata fra un'associazione sindacale di lavoratori ed un avvocato o procuratore, la quale preveda che quest'ultimo difenda in giudizio gli assistiti percependo il solo importo delle spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice in caso di vittoria, è idonea a vincolare il professionista nei confronti del lavoratore che gli conferisca l'incarico della difesa in giudizio, nel presupposto della qualità di assistito del predetto sindacato ed in riferimento a quella convenzione, secondo la disciplina del contratto a favore di terzo, di cui all'art. 1411 c.c. e, quindi, indipendentemente sia da un'accettazione della convenzione da parte del lavoratore stesso (la quale rileva al diverso fine di rendere irrevocabile il beneficio da parte dello stipulante), sia da un'ulteriore specifica manifestazione di volontà nei suoi confronti da parte del professionista medesimo. Peraltro, la circostanza che la suddetta convenzione possa tradursi, in caso di conclusione del giudizio con esito sfavorevole o compensazione delle spese, in una rinuncia preventiva dell'avvocato o procuratore alle proprie spettanze, non ne comporta la nullità, per violazione del principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari (art. 24 l. n.794 del 1942), qualora tale rinuncia risulti giustificata da un fine di liberalità od uno spirito di solidarietà sociale, meritevole di tutela, e non si presenti come mero strumento del legale per conseguire maggiori vantaggi economici attraverso un non consentito accaparramento di affari futuri.

1. La questione affrontata dalla Corte e il principio di diritto affermato

Con la recente sentenza n. 26212/2019, la Suprema Corte ha affrontato la questione della legittimità dell'accordo quadro tra avvocato e patronato/associazione sindacale, disciplinante il mandato professionale per la difesa in giudizio dei lavoratori iscritti. In particolare, la Corte si è occupata di una convenzione in cui si prevedeva, in talune ipotesi, la gratuità del mandato difensivo atteso che: a) in caso di esito positivo della causa per il lavoratore e qualora fosse stata pronunciata condanna di controparte al pagamento delle spese di lite, l'avvocato si sarebbe accollato il rischio di insolvenza del datore di lavoro; b) in caso di esito negativo e in ogni caso di revoca del mandato, il difensore avrebbe rinunciato a chiedere il compenso.

La sentenza in commento ha stabilito, innanzitutto, che una tale convenzione è idonea a vincolare il professionista nei confronti del lavoratore (iscritto al sindacato) che gli conferisca l'incarico della difesa in giudizio, atteso che la convenzione stipulata tra professionista e sindacato è inquadrabile nel contratto a favore del terzo e, pertanto, segue la disciplina dell'art. 1411 c.c. In secondo luogo, la sentenza ha affermato che deve ritenersi legittima la rinuncia preventiva dell'avvocato al compenso (conseguente al verificarsi di talune circostanze convenzionalmente previste), poiché tale rinuncia è giustificata da un fine di liberalità o da uno spirito di solidarietà sociale, meritevole di tutela, e non si presenta come mero strumento del le-

gale per conseguire maggiori vantaggi economici attraverso un illegittimo accaparramento di affari futuri.

2. La giurisprudenza formatasi nel regime dell'inderogabilità "debole" dei minimi tariffari.

La decisione appare in linea con alcuni precedenti specifici[1], nei quali si afferma la legittimità della gratuità della prestazione professionale dell'avvocato sull'assunto che, in questi casi, la convenzione sottoscritta con l'associazione sindacale avrebbe lo "*scopo di facilitare, agli iscritti a quel patronato, l'esercizio dei loro diritti verso l'Inps in relazione alla pretesa di ottenere una pensione di invalidità e, perciò, con apprezzabile spirito di solidarietà sociale"*[2]. Invero, la giurisprudenza di legittimità formatasi nel regime di inderogabilità dei minimi tariffari, come quello derivante dall'art. 24, l. n. 794/1942 sugli onorari di avvocato, è arrivata ad approdi ancor più permissivi, consentendo all'avvocato di rinunciare, totalmente o parzialmente, alle competenze professionali, non solo nelle ipotesi in cui tale rinuncia fosse funzionale al perseguimento di interessi meritevoli di tutela[3], ma persino per ragioni di amicizia, parentela o anche semplice convenienza[4].

In particolare, da un lato, la Cassazione riaffermava il principio secondo cui la retribuzione costituisce un diritto patrimoniale disponibile e ribadiva che la convenienza giustificatrice della rinuncia ai minimi tariffari rappresenta una forma di esercizio dell'autonomia negoziale[5]; dall'altro, insisteva nel ritenere che alle parti resta comunque proibito infrangere il divieto legale sancito dal citato art. 24 l. n. 794/1942[6]. Si riteneva, quindi, che la rinuncia al compenso fosse ammissibile solo allorquando giustificata da un motivo di interesse pubblico e non risultasse strumentale alla violazione della norma imperativa sui minimi di tariffa[7].

Ora, appare evidente che, alla giurisprudenza di legittimità, la configurazione di una "inderogabilità debole" delle tariffe non è sembrata in contrasto con l'argomentazione utilizzata per giustificare la legittimità di una normativa che vieta di derogare convenzionalmente ai minimi previsti dal tariffario forense[8]. In adesione alla giurisprudenza comunitaria, infatti, una limitazione al principio di li-

---

[1] Cass. 03.05.2005, n. 9111 *" Nel rapporto contrattuale tra un istituto di assistenza dei lavoratori ed un legale, che assiste in giudizio i lavoratori inviatigli dall'istituto di patronato percependo il solo importo delle spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice in caso di vittoria, l'obbligo del professionista e la natura dell'Istituto (al perseguimento delle cui finalità il lavoro del professionista è funzionalmente diretto) conferiscono al rapporto contrattuale una oggettiva funzione (di consentire la tutela dei diritti previdenziali e assistenziali), che, essendo diretta a realizzare una finalità di valore sociale e umano nonché (indirettamente) costituzionale (art. 38 Cost.), costituisce una valida causa contrattuale, che può essere esclusa solo provando che il rapporto contrattuale ha avuto un diverso particolare scopo, e comunque nei limiti previsti dall'art. 1345 c.c. per cui il soggettivo scopo illecito del professionista - quale il non consentito «accaparramento di affari» -, purché non sia comune all'altra parte, rimane irrilevante»*; Cass. 06.07.1983, n. 4562, in *Giust.civ.* 1983, I, 2589: «*è valido l'accordo, stipulato tra un avvocato libero professionista e un istituto di patronato, con il quale il primo rinunci, preventivamente, alle competenze e agli onorari relativi ai giudizi conclusisi con la declaratoria di compensazione delle spese o con esito sfavorevole per il cliente, e accetti, per i giudizi conclusisi favorevolmente, solo l'importo delle spese, competenze ed onorari liquidato dal giudice a carico della controparte, allo scopo di facilitare, agli iscritti a quel patronato, l'esercizio dei loro diritti verso l'Inps in relazione alla pretesa di ottenere una pensione di invalidità e, perciò, con apprezzabile spirito di solidarietà sociale*».

[2] Adesivamente, v. R.Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Milano 2014, p. 256 nota 4.

[3] Cfr. Cass. 06.04.2018, n. 8539; Cass. 27.09.2010, n. 20269; Cass 04.04.2006, n. 7823; Cass. 21.07.1998, n. 7144; Cass. 01.12.1995, n. 12421; Cass. SS.UU., 05.06.1989, n. 2697; Cass. 29.11.1988, n. 6449; Cass. SS.UU. 19.07.1986, n. 4673; Cass. 07.03.1983, n. 1680

[4] . V. Cass. 20.07.2017, n. 17975.

[5] Cass. 27.09.2010, n. 20269.

[6] Cass. 27.09.2010, n. 20269, pur ammettendo che un convenzione relativa al compenso può manifestarsi, sul piano sostanziale, anche in un accordo transattivo (successivo alla pattuizione del compenso e, in quanto tale, pienamente lecito) ha, tuttavia, affermato che è nulla la richiesta periodica di pagamento a "forfait" formulata sulla base di un preventivo accordo in violazione dei minimi e che "*il principio dell'inderogabilità delle tariffe minime non soffre eccezioni in considerazione della natura semplice o ripetitiva di alcuni affari, poiché la cosiddetta standardizzazione delle pratiche, così come il carattere "routinario" delle medesime possono, se mai, incidere sulla determinazione dei compensi tra il minimo e il massimo delle tariffe, ma non anche giustificarne la totale disapplicazione*" (la sentenza è così massimata in *Foro It.*, 2010, 12, 1, 3301).

[7] Cfr. Cass. 27.09.2010, n. 20269, così massimata in *Foro it.* 2010, 12, 1, 3301: "*il principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari, stabilito dall'art. 24, legge 13 giugno 1942, n. 794, sugli onorari di avvocato, non trova applicazione nel caso di rinuncia, totale o parziale, alle competenze professionali, allorché quest'ultima non risulti posta in essere strumentalmente per violare la norma imperativa sui minimi di tariffa".*

[8] Cfr. Corte Giust. UE, 23.11.2017, cause riunite C-427/16 e C-428/16, in *Nuova giur.civ.comm.* 2018, pp.620-631, con nota di G.Donzelli, *La legittimità delle tariffe minime nella giurisprudenza della Corte di giustizia: "L'art. 101, par. 1, TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che una normativa nazionale che, da un lato, non consenta all'avvocato e al proprio cliente di pattuire un onorario d'importo inferiore al minimo stabilito da un*

bera prestazione dei servizi professionali può essere consentita allorché "*ragioni imperative di interesse pubblico*" la giustifichino e, nel nostro caso, le ragioni che giustificano l'inderogabilità dei "minimi" vengono individuate nell'esigenza di garantire la qualità della prestazione professionale a tutela degli utenti consumatori e la buona amministrazione della giustizia, soprattutto nell'ipotesi in cui per le caratteristiche del mercato di riferimento, la concorrenza al ribasso sull'offerta economica tra gli operatori possa pregiudicare la qualità della prestazione.
La stessa Corte di Giustizia ha individuato un come fattore di rischio il "*numero estremamente elevato*" di professionisti iscritti ed in attività ed ha riconosciuto al giudice nazionale il compito di determinare se la restrizione della libera prestazione dei servizi legali, conseguente al divieto di derogare convenzionalmente ai minimi tariffari, previsto dalla legislazione italiana, risponde a ragioni imperative di interesse pubblico, Nel contempo, il giudice è chiamato a valutare se un tale divieto risulti idoneo a garantire, da un lato che vi sia corrispondenza tra il livello degli onorari e la qualità delle prestazioni fornite dagli avvocati; dall'altro che la determinazione di tali onorari minimi costituisca un provvedimento adeguato alla tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia.
In questa prospettiva, la nostra giurisprudenza[9] ha affermato che pur non costituendo una garanzia della qualità dei servizi legali, non si può di certo escludere - ed anzi deve affermarsi - che nel contesto italiano, caratterizzato da una elevata presenza di avvocati, le tariffe che fissano onorari minimi consentano di evitare una concorrenza che si traduce nell'offerta di prestazioni «al ribasso», tali da poter determinare un peggioramento della qualità del servizio.
In sintesi, secondo la giurisprudenza, il regime dell'inderogabilità delle tariffe sarebbe legittimo perché necessario per garantire la conservazione della qualità del servizio legale offerto al pubblico; ma tale regime può essere derogato qualora sussistano ragioni di solidarietà sociale, senza che ci si debba preoccupare, in questo caso, del peggioramento della qualità del servizio, proprio in materie in cui l'interesse pubblico lo richiederebbe maggiormente in quanto coinvolgono diritti di rango costituzionale.

3. L'"onerosità debole" del mandato professionale in seguito alla legge Bersani.

Con l'abrogazione del regime dell'inderogabilità dei minimi tariffari, conseguente all'art. 2, 1° comma, del «decreto Bersani»[10], e l'abolizione dell'intero sistema tariffario per l'effetto del decreto "Cresci Italia"[11], il problema dell'equità del compenso pattuito o, se si vuole, della gratuità del mandato professionale dell'avvocato, cambia pelle, ma continua a sussistere; e non è destinato a venir meno anche in presenza di una norma come l'art.

---

regolamento adottato da un'organizzazione di categoria dell'ordine forense e, dall'altro lato, non autorizzi il giudice a disporre la rifusione degli onorari d'importo inferiore a quello minimo, e` idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalita` applicative, risponda effettivamente ad obiettivi legittimi e se le restrizioni cosi` stabilite siano limitate a quanto necessario per garantire l'attuazione di tali legittimi obiettivi" . Corte Giust. CE, grande sezione, 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04: «*Una normativa nazionale che fissi, per gli onorari degli avvocati, una tariffa minima cui non sia possibile derogare convenzionalmente è ammissibile solo in presenza di obiettivi superiori di interesse pubblico e in misura proporzionale al raggiungimento degli stessi*", in *Giur. It.* 2007, 3, 639 con nota di A.Bortolotti, *Le libere professioni tra Corte di giustizia e Decreto Bersani: luci ed ombre (o, meglio, piú ombre che luci);* Amorese, *Cases* C-94/04, *Cipolla & Macrino: The emergence of a political approach to the regulation of professionals in Europe?*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2007, 733 ss. Cfr., altresì, Corte Giust. CE, 19 febbraio 2002, causa C-35/99, ha affermato che "*gli artt. 5 e 85 del trattato CEE (divenuti art. 10 Ce e 81 Ce) non ostano all'adozione, da parte di uno Stato membro, di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia dettata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dal R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578* ".

[9] Cass. 27.09.2010, n. 20269.

[10] Il d.l. 223/2006, convertito in l. 248/2006, stabilisce che: «*1. In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti...*».

[11] L'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1°, l. 24 marzo 2012, n. 27, prevede al primo comma che «*sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico* ». Per una disamina del passaggio tra il sistema tariffario e quello dei parametri, cfr. Fornaciari, *Il compenso dell'avvocato nel passaggio dalle tariffe ai parametri: le prestazioni in corso al momento della riforma*, in *Rass. for.* 2015, 1, 31 ss. G.Colavitti, *I compensi degli avvocati tra diritto della concorrenza, nuovi parametri e disciplina dell'«equo compenso »*, in *Giustiziacivile.com*, n.7/2018, 2 ss.

13, 1° comma della legge professionale (l. n. 247/2012) che espressamente contempla che l'incarico possa essere svolto a titolo gratuito. Se si guarda bene, in un sistema che prevedeva l'inderogabilità delle tariffe si consentiva (in certe occasioni) all'avvocato di espletare gratuitamente il mandato professionale; all'opposto, in un regime che contempla la gratuità della prestazione professionale, non sempre è consentito all'avvocato rinunciare al proprio compenso.

In primo luogo, si osserva che il CNF, con sentenza del 28.12.2017 n. 245, ha sanzionato l'avvocato che aveva stipulato una convenzione con un Comune che prevedeva, per ogni giudizio patrocinato, la corresponsione dell'importo di € 17,00, comprensivo di oneri tributari e contributo previdenziale, oltre alle spese legali liquidate qualora fossero state effettivamente riscosse dalla controparte. In questa occasione, il CNF ha affermato che "*l'adesione ad una convenzione concernente prestazioni professionali a prezzo irrisorio, ovvero a titolo immotivatamente gratuito in favore di un Ente pubblico costituisce violazione dei precetti deontologici del decoro e della dignità, che debbono sempre governare l'esercizio della professione*", così come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità[12] e come emerge anche nell'art. 3, comma 2° LP che dispone che l'avvocato eserciti la professione, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e nel rispetto dei principi della corretta e leale concorrenza[13]. Sotto altro aspetto, il CNF ha ritenuto che, nel caso in questione, l'avvocato ha tenuto una condotta irrispettosa di norme di rango primario, che giustifica l'incolpazione per la violazione della norma che vieta l'accaparramento della clientela (*ex* art. 37 CDF) il cui "*il disvalore deontologico continua a risiedere tutto negli strumenti usati per l'acquisizione della clientela"*[14].

Così, pur ammettendo la disponibilità del diritto dell'avvocato al giusto compenso, il CNF (criticando apertamente l'orientamento giurisprudenziale riferito al precedente paragrafo) afferma che tale facoltà non può esercitarsi se non nell'ambito del perimetro deontologico vigente che, per la fattispecie in discussione, è individuato dai principi che impongono il rispetto del decoro e della dignità professionale.

In secondo luogo, il principio della libera determinazione del consenso, conseguente all'abrogazione dei minimi tariffari, è temperato dalla disciplina dell'equo compenso, contenuta nell'art.13-*bis* l.f.[15], disciplina che ha lo scopo di riequilibrare le posizioni tra il contraente debole (avvocato) e il cliente-impresa bancaria e assicurativa (o l'impresa non rientrante nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003), nei casi in cui il rapporto professionale sia regolato da convenzioni «unilateralmente predisposte» dal cliente. Riequilibrio che passa attraverso il riferimento ai parametri previsti dal dm 55/2014 come criterio di valutazione del compenso «*proporzionato alla quantità e qualità del lavoro svolto, nonchè al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale*" e la previsione della nullità di alcune clausole che la legge qualifica come vessatorie[16]. Da ciò discende che la legittimità della pattuizione della gratuità della prestazione professionale, al pari di quanto era previsto per la valutazione della legittimi-

[12] Cass. 30.11.2016, n. 24492 e Cass. 22.12.2005, n.258034 hanno stabilito che al giudice è precluso liquidare somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione, come prescitto nell'art. 2233, comma 2°, c.c.

[13] Nella stessa linea, TAR Milano, sez. IV, 19 aprile 2017 n. 902, il quale ha rilevato che un'offerta di prestazione legale gratuita "*appare di dubbia legittimità in quanto, in disparte ogni considerazione sulla serietà ed affidabilità della medesima, non si rinvengono nel caso di specie ragioni peculiari per le quali la prestazione del professionista intellettuale debba essere di fatto gratuita".*

[14] CNF 23.07.2015, n.118.

[15] La norma è stata introdotta dall'art. 19-*quaterdecies*, comma 1º, d.l. 16.10.2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla l. 4.12.2017, n.172. Per una panoramica dell'istituto, cfr. R.Danovi, *L'onorario dell'avvocato tra parametri ed equo compenso*, in *Corriere Giur.* 2018, 589-593; G.Alpa, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in *Nuova giur.civ.comm.* 2018, 716-728; S.Monticelli, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediale dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata,* in *Nuove leggi civ. comm.* 2018, 299-333; G.Colavitti, cit.

[16] L'art. 13 bis, comma 5°, l.p., qualifica vessatorie le clausole in cui: il contratto riservi al cliente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto (lett. a) ovvero quando consenta al cliente di rifiutare la forma scritta degli elementi essenziali (lett. b); o di pretendere prestazioni aggiuntive a titolo gratuito (lett. c); o l'anticipazione delle spese a carico dell'avvocato (lett. d); ovvero la sua rinuncia al rimborso (lett. e); e ancora quando preveda termini di pagamento superiori ai 60 giorni fissati dalla legge dal ricevimento della fattura o dalla richiesta di pagamento (lett. f); o attribuisca al cliente la differenza tra il compenso pattuito e quello eventualmente maggiore liquidato dal giudice (lett. g); o consenta di applicare a una precedente prestazione in corso, o non ancora liquidata, le condizioni eventualmente più favorevoli previste da una successiva convenzione (lett. h); ovvero quando il compenso pattuito per assistenza e consulenza contrattuale spetti soltanto in caso di sottoscrizione del contratto (lett. i).

tà della deroga ai minimi tariffari, può essere assoggettata al sindacato del giudice del merito, chiamato ad accertare la sussistenza di una libera determinazione del professionista.

4. La necessità di una valutazione in concreto della legittimità della pattuizione del compenso professionale.

Alla luce della nuova disciplina, la legittimità di una convenzione sottoscritta da un associazione sindacale ed un avvocato, nella quale quest'ultimo rinunci al compenso in caso di soccombenza del cliente, o nell'ipotesi in cui l'insolvenza della controparte non gli consenta di recuperare le spese legali, non può essere ritenuta legittima per il solo fatto che attraverso la convenzione si persegue un interesse pubblico meritevole di tutela (*mutatis mutandis*, lo sarebbe anche quello che si persegue con la convenzione sottoscritta con la p.a.). Una convenzione di tal specie, pertanto, è legittima solamente allorquando il giudice del merito ravvisasse, nel caso concreto, che il consenso dell'avvocato sia stato da quest'ultimo liberamente prestato e che la convenzone non costituisca un mezzo di ingiusto accaparramento della clientela. Se è così, tuttavia, entrambi i requisiti sembrerebbero non sussistere.

Con riferimento al primo aspetto, tra associazioni sindacali e avvocato è possibile intravedere uno squilibrio analogo a quello esistente tra grandi imprese ed avvocato, squilibrio che ha portato alla disciplina dell'equo compenso. Le associazioni sindacali, infatti, svolgendo una attività di intermediazione tra domanda ed offerta di servizi professionali, hanno il potere di indirizzare il lavoratore verso il professionista[17], così creando quello squilibrio che le norme intendono eliminare. Del resto, si è autorevolmente rilevato che l'elencazione dei potenziali clienti - banche, assicurazioni, etc. - è meramente esemplificativa e non esaustiva, risultando il giudice libero di applicare la legge anche ad altri soggetti o contratti professionali[18]. Parimenti, la scelta di regolare i rapporti professionali tramite una convenzione quadro costituisce una manifestazione della asimmetria tra la posizione "forte" del cliente e quella di sudditanza del professionista fiduciario, invogliato alla stipula nell'auspicio di acquisire una molteplicita` di incarichi; mentre con il singolo incarico le parti si pongono su un piano di sostanziale parità, atteso che il professionista è libero di rifiutare un'offerta che ritiene iniqua senza subire le pressioni derivanti dalla possibilità di acquisire ulteriore clientela[19].

Con riferimento al secondo aspetto, difficilmente è ipotizzabile, in capo al professionista, una ragione che lo porti a scegliere di lavorare gratuitamente differente dalla volontà di acquisire nuovi clienti, tenendo in considerazione che la forte specializzazione di una materia come quella diritto di lavoro non consente all'avvocato di esercitare proficuamente la professione in altri rami del diritto, potendo confidare in un reddito che proviene, per la gran parte, dal compenso ricevuto dai clienti indirizzati dall'associazione sindacale.

Se dal piano astratto si passa a quello concreto, pertanto,la legittimità di una siffatta convenzione tra associazione sindacale e avvocato, per la difesa in giudizio dei lavoratori, merita di essere revocata in dubbio.

[17] Intermediazione di per sè del tutto legittima e, probabilmente, auspicabile, qualora l'associazione sindacale indirizzasse il lavoratore verso il professionista più competente, non a quello più economico. Cfr. Hazard, Dondi, *Etiche delle professioni legali,* Bologna 2005, p. 362 s.

[18] V. G.Alpa, *op.cit.*, 718. S.Monticelli, *op.cit.*, 307, esclude dall'ambito soggettivo di applicazione della norma, i consumatori, le microimprese e le piccole e medie imprese poichè in questi casi il professionista non è gravato da una posizione di sostanziale debolezza contrattuale e la determinazione del compenso per le prestazioni professionali è totalmente rimesso alla libera contrattazione.

[19] Così, S.Monticelli, *op.cit.*, 308-309.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E PROCESSO

Nuovi scenari su Intelligenza Artificiale e giustizia civile

di Ilaria Lombardini

dell'11 dicembre 2019

Sommario

1. Considerazioni introduttive sulla giustizia predittiva e l'Intelligenza Artificiale (anche in una prospettiva comparatistica, con particolare riguardo al sistema francese).
2. Luci ed ombre dell'uso degli algoritmi di Intelligenza Artificiale nella giustizia civile
3. Riflessioni conclusive

1. Considerazioni introduttive sulla giustizia predittiva e l'Intelligenza Artificiale (anche in una prospettiva comparatistica, con particolare riguardo al sistema francese).

La giustizia civile attuale (non solo quella italiana, ma anche quella d'oltralpe, ad esempio quella francese o belga) urta contro una terribile constatazione: spesso non risponde alle esigenze dei cittadini del XXI° secolo, in quanto i tempi sono eccessivamente lunghi, i costi alti e la qualità non sempre elevata[1]. In questo scenario, anche il diritto nella società digitale in continuo divenire viene sempre più influenzato[2] dall'Intelligenza Artificiale, usata, come nella profezia di Isaac Asimov[3], per rispondere alle domande umane e per dirimere i conflitti. Non vi è un consenso unanime su cosa significhi il termine "Intelligenza Artificiale" (abbreviata in I.A. o, dall'inglese *Artificial Intelligence,* A.I., n.d.s.), "ma si potrebbe affermare che tale termine descriva la possibilità che le macchine, in una certa misura, "pensino", o piuttosto imitino il pensiero umano, basato sull'apprendimento e sull'utilizzazione di generalizzazioni, che le persone usano per prendere le decisioni quotidiane"[4]. In altre parole, l'Intelligenza Artificiale può essere definita come la capacità di un sistema tecnologico (*hardware* e *software*) di fornire prestazioni assimilabili a quelle dell'intelligenza umana e, cioè, l'abilità di risolvere problemi o svolgere compiti e attività tipici della mente e del comportamento umano. Ciò presuppone, nei sistemi più avanzati, la capacità non soltanto di trattare automaticamente enormi quantità di dati e fornire le risposte per le quali tali sistemi sono stati programmati, ma anche di acquisire, sulla base di appositi algoritmi di apprendimento, l'attitudine a formulare previsioni o assumere decisioni. Il giurista si trova così davanti a una nuova sfida, quella della giustizia predittiva, che deve essere al centro del suo pensiero lungimirante, dei suoi progetti e della sua vigilanza. Credo che egli non possa e non debba rinunciare al proprio ruolo, ma, per governarlo, debba conoscere il fenomeno, rifuggendo sia i toni eccessivamente entusiastici, di auspicio fideistico a una integrale decisione robotica, sia quelli scettici e pessimistici, volti ad escludere totalmente l'uso degli strumenti offerti dall' Intelligenza Artificiale, per un miglioramento del sistema giustizia[5]. Occorre invece, come si cercherà di dimostrare in questo scritto, utilizzare le potenzia-

[1] Van den Branden, *Les robots à l'assaut de la justice, L'intelligence artificielle au service des justiciables*, Bruxelles, 2019, *passim.*

[2] Corasaniti, *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018, spec. p. 159 ss.

[3] Asimov, *All the Troubles of the Word*, in *Nine Tomorrows*, 1959, *passim.*

[4] Così *Nieva Fenoll*, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018, traduzione in italiano di P. Comoglio, *Intelligenza artificiale e processo,* Torino, 2019,p. 4.

[5] Così v. anche l'autorevole posizione espressa da Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, *passim* e da A. Punzi, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità nel giudicare?* in AA.VV., *La decisione robotica*, a cura di Carleo, Bologna, 2019, 319 ss., spec. p. 328 ss., il quale prospetta, "senza alcuna pretesa di sintesi hegeliana, una terza via, ispirata all'idea dell'interazione feconda tra l'uomo e il robot", e prefigura una "macchina che sostiene e protegge", un modello di "guida assistita" nella decisione giudiziale, verso il "tecno-umanesimo"; Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica),* in AA.VV., *La decisione robotica*, a cura di Carleo, cit., p. 17 ss., il quale rileva che "La decisione affidata al robot non è un fenomeno anti-umano, un miraco-

lità offerte dalla tecnologia e dall'utilizzo, nel processo, degli algoritmi di Intelligenza Artificiale, come moltiplicatore di qualità e strumento di supporto al sistema giustizia, volto a favorire una riduzione dei tempi della giustizia[6]; la giustizia predittiva consiste, *stricto sensu,* nella «capacità prestata alle macchine di mobilizzare rapidamente in linguaggio naturale il diritto pertinente per trattare un affare, metterlo in contesto in funzione delle sue caratteristiche proprie (luogo, personalità dei giudici, degli studi legali) e di anticipare la probabilità delle decisioni, che potrebbero essere prese. L'espressione è diventata generica e rinvia a "tutte le innovazioni digitali nel campo del diritto"[7].

La giustizia predittiva può essere definita come "lo strumento informatico, fondato su una base di dati giurisprudenziali, che, con l'aiuto di algoritmi di cernita/smistamento e (quelli più perfezionati) di "reti neuronali", permette di anticipare quali saranno le probabilità statistiche di successo in una controversia giuridica"[8]. La giustizia predittiva consente dunque non di predire, come farebbe una sfera di cristallo, ma di determinare, per mezzo dell'applicazione di tecniche quantitative (gli algoritmi di Intelligenza Artificiale), le probabilità di ogni possibile esito di una controversia[9]. I primi a formulare l'idea di anticipare un risultato contenzioso basato su precedenti decisioni giudiziarie furono Loevinger, Kort e Lawlor (Loevinger in particolare propose la creazione di una nuova scienza "giuridica" definita come "l'applicazione del metodo scientifico allo studio del diritto", il cui scopo era il "calcolo della probabilità delle decisioni giudiziarie")[10]. Ma in Francia, già nel 1837, Poisson pubblicava le sue *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*, e nel 1709 Bernoulli sosteneva una tesi sull'uso giudiziario del calcolo delle probabilità, intitolata *De Usus Artis Conjectandi in jure*, in cui faceva emergere la nozione di probabilità del giudizio. La giustizia predittiva può essere sommariamente definita non come una giustizia "*qui prédit*", ma come una giustizia "*prédite par des algorithmes*", cioè prevista da algoritmi che effettuano dei calcoli a partire da grandi masse di dati (*big data*), aperte (*open data*) per reperire delle ricorrenze a scopo di previsione[11]. In quan-

lo o una catastrofe. È una decisione "umana", e "appartiene, anch'essa, alla storia integrale dell'uomo"; cfr. in argomento gli articoli su *Intelligenza Artificiale e diritto,* a cura di Gabrielli- Ruffolo, in *Giur. It.,* 2019, p. 1657 ss., e Traversi, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot ?*, in *www.questionegiustizia.it* (10-04-2019); v. anche la *Lectio magistralis* dal titolo *L'Etica Giudiziaria*, tenuta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione Mammone in occasione del *Focus* Nazionale di Deontologia del 27 settembre 2019, organizzato a Matera dall'AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati).

[6] Per algoritmo si intende un procedimento che risolve un determinato problema attraverso un numero finito di passaggi elementari, chiari e non ambigui, in un tempo ragionevole; v. sul tema l'analisi estensiva compiuta da: Castelli-Piana, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, S. Arcangelo di Romagna, 2018, *passim,* spec. p. 72 ss.; v. anche Rulli, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici: chi ha paura degli algoritmi*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2018, p. 533 ss., spec. p. 542; Calcaterra, Machinae *autonome e decisione robotica,* in AA.VV., *La decisione robotica*, a cura di Carleo, cit., p. 33 ss., spec. p. 48 s.

[7] Così Garapon-Lassègue, *Justice digitale*, PUF, Paris, 2018, p. 136 e p. 219, l'a. sottolinea che valutazione statistica sarebbe sicuramente migliore di quella di un essere umano e forse perfino infallibile. Va considerato però chequesta pretesa scientifica è discutibile poiché la qualità della decisione e la sua esattezza non si basano unicamente su dati misurabili, così Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, in *Archives de philosophie du droit*, 2018, tome 60, Dalloz, p. 223. Per Garapon, "le sfide che la giustizia predittiva porta all'idea di giustizia" porteranno a una "rivoluzione cognitiva", che andrà a modificare la definizione, o almeno la percezione della giustizia e della legge, v. Garapon, *Les enjeux de la justice prédictive* ("Le sfide della giustizia predittiva", n.d.s.), in *La Semaine juridique*, n 1-2, 9 janvier 2017, p. 47 ss.

[8] Così Boucq, *La justice prédictive en question*, *Dalloz Actualité*, 14 juin 2017, p. 527 s.

[9] Bouteille-Brigant, *Pour un transjuridisme?* in *La justice prédictive*, *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, pp. 297-309, spec. p. 299.

[10] Loevinger, *Jurimetrics - The Next Step Forward*, in *Minnesota Law Journal*, 1949; Kort, *Predicting Supreme Court Decisions Mathematically: A Quantitative Analysis of the «Right to Counsel» Cases*, in *The American Political Science Review*, No. 51, marzo 1957, p. 1 ss.; Lawlor, *What Computers Can Do: Analysis and Prediction of judicial Decision*, in *American Bar Association Journal*, No. 49, aprile 1963, p. 337 ss.

[11] In questi termini, Lebreton-Derrien, *La justice prédictive. Introduction à une justice "simplement" virtuelle.* in *La justice prédictive*, *Archives de philosophie du droit* , Dalloz, 2018, tome 60, pp. 3-21, spec. p. 4. V. in tema di giustizia predittiva uno studio condotto a livello testuale su 586 casi giudiziari decisi dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo in materia di giusto processo, *privacy* e trattamenti disumani,'algoritmo ha individuato fatti, circostanze ricorrenti, frasi più frequentemente rinvenibili nei casi di violazione dei diritti fondamentali, e ha predetto il verdetto corretto nel 79% dei casi. Negli USA l'algoritmo predittivo è stato impiegato ai fini della valutazione del rischio di recidiva. In base a un suo calcolo, Eric Loomis, uomo di colore, è stato condannato. Nel luglio 2016, pronunciandosi sul caso *State v. Loomis*, la Corte suprema del Winsconsin ha dichiarato, pronunciandosi all'unanimità, la legittimità dell'uso giudiziario di algoritmi, che misurano il rischio di recidiva, precisando però che questo non può essere l'unico elemento su cui fondare una pronuncia di condanna. COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*),brevettato da una società americana e utilizzato da un ristretto numero di Corti di merito americane è un sistema per la previsione su base statistica della probabilità di recidiva dell'imputato/condannato, per la quantificazione della pena e della successiva *extended supervision*: me-

to tecnica informatica che mira a fornire previsioni sul risultato dei processi, essa interessa necessariamente anche il diritto processuale civile. Va segnalato in proposito che in Francia la legge 7 ottobre 2016, n. 1321 "*Loi pour une République numérique*" (cioè digitale, n.d.s.), in particolare agli articoli 3, 20 e 21 ha consacrato la messa a disposizione gratuita di tutte le decisioni giudiziarie e amministrative, con conseguente diffusione anche delle decisioni delle *jurisdictions de fond*, cioè dei giudici di merito[12]. In Francia il quadro legale è oggi favorevole alla pubblicazione delle decisioni e sentenze, purché la vita privata delle persone coinvolte sia rispettata[13]. Alcuni hanno proposto di utilizzare termini come *justice algorithmique*, *justice prévisionnelle*, *justice quantitative*, che sottintendono una giustizia virtuale e solo probabile, la cui attualizzazione è lasciata alla creatività, all'immaginazione e all'intuizione degli utilizzatori, i quali faranno sì che la previsione resti "una" soluzione proposta oppure divenga "la" soluzione infine adottata. La giustizia predittiva appare così come uno spazio di prospettiva giuridica per i richiedenti giustizia, le professioni giuridiche e la scienza del diritto[14]. Si profila tuttavia il rischio, seppur moderato, di un dominio del virtuale, quando questo diventa prescrittivo per i professionisti o dissuasivo per i richiedenti giustizia, ma è d'altra parte sperabile una responsabilizzazione di fronte al virtuale mediante una necessaria comprensione tecnica dello strumento di giustizia predittiva[15]. Certamente le nuove tecnologie, in primo piano l'Intelli-

diante l'inserimento di una serie di dati oggettivi riguardanti il trascorso criminale, le condizioni socio-economiche e personali dell'imputato, e le risposte a 137 domande a risposta vincolata formulate a quest'ultimo, COMPAS misura il rischio di recidiva e lo qualifica "*low*", "*medium*" o "*high*". Usato in molte Corti Usa come obbligatorio, ma non vincolante, è stato oggetto di verifica dalla ONG ProPublica, che ne ha evidenziato gli effetti discriminatori. Secondo la Corte suprema del Wisconsin nella sua pronuncia sopra menzionata, gli algoritmi a base statistica come COMPAS non stabiliscono la specifica verosimiglianza che un determinato imputato commetterà un nuovo reato. Al contrario, forniscono una previsione basata su una comparazione di informazioni relative al singolo imputato con quelle relative a un gruppo di soggetti simili. In base a tale constatazione, la Corte ha affermato che COMPAS è soltanto uno di una serie di molti fattori di cui tener conto e da ponderare nella decisione. A prescindere dai limiti imposti all'utilizzo processuale di COMPAS, la Corte ha asserito che l'esercizio del diritto di difesa appare inficiato negativamente dalla segretezza del meccanismo di funzionamento degli algoritmi, per cui ha ritenuto che questi possono essere un supporto alla decisione del giudice, ma non possono sostituirla.

[12] *Loi n. 2016-1321 pour une République numérique*, in *https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/10/7/ECFI1524250L/jo*; in argomento v. Serverin, *De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées*, Dalloz, 2018, tome 60, p. 23 ss.; Deumier, *La justice prédictive et les sources du droit: la jurisprudence de fond*, *La justice prédictive*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, p. 49 ss., secondo cui l'utilizzo dei dati della giurisprudenza di merito tenderà indirettamente ad orientare la giurisprudenza di merito, con la conseguente sua armonizzazione. La giustizia predittiva è vista come "*outil*", strumento, di questa armonizzazione. V. anche Kambrun-Favennec**,** *L'ouverture des données publiques: un préalable à la justice prédictive*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, p. 83; Allard, *Protection des données personnelles destinées à être publiées: description d'une attaque minimaliste sur un jeu de données pseudonymisées*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, p. 183 ss.; v. anche Maximin, *Nouvelle organisation pour la transformation numérique de l' é tat*, in *Dalloz actualité* del 7 novembre 2019, in cui l'a. segnala che in Francia un decreto del 25 ottobre 2019 (Décr. n. 2019-1088, 25 octobre 2019) pubblicato nel *Journal officiel* del 27 ottobre 2019 ha definito il sistema d'informazione e di comunicazione dello Stato francese, i compiti della direzione interministeriale sul *numérique* (digitale), oltre al campo di azione delle direzioni ministeriali del digitale.

[13] V. Babonneau, *Open data: la Cour de cassation toujours «particulièrement engagée» dans cette mission*, in *Dalloz actualité* del 9 settembre 2019; Id., *Justice.fr: la "révolution numérique" du ministère de la Justice*, in *Dalloz actualité* del 19 settembre 2019; Thierry, *La Cour de cassation et le Conseil d' é tat* (*s'emparent de l'intelligence artificielle*, in *Dalloz actualité* del 23 luglio 2019; sul temaGiambiasi,*Les perspectives ouvertes par la mise à disposition du public des décisions de justice: quelle place et quelle régulation pour la justice prédictive?*, in *La justice prédictive*, *Archives de philosophie du droit,* 2018, tome 60, Dalloz, p. 117 ss., secondo cui la *loi 7 octobre 2016 pour une République numérique* favorisce il trattamento dei dati inseriti nelle decisioni giudiziarie attraverso strumenti automatizzati. Ciò apre nuove prospettive per i richiedenti giustizia e per gli attori del diritto: - migliore comprensione della giustizia, prevedibilità accresciuta delle decisioni rese dalle giurisdizioni, - creazione di valore economico. Tuttavia implica anche l'elaborazione di meccanismi di regolamentazione adatti, la cui costruzione costituisce una sfida per i poteri pubblici in un contesto di rapida evoluzione delle tecnologie e di internazionalizzazione degli attori e dei flussi.

[14] Lebreton-Derrien, *La justice prédictive. Introduction à une justice "simplement" virtuelle*, cit., p. 5, secondo cui si può vedere nella giustizia predittiva un semplice strumento statistico di quantificazione dei rischi di una controversia, come è per esempio per la nota piattaforma francese di giustizia predittiva *Prédictice,* che attribuisce il «salto predittivo» non allo strumento, ma piuttosto all'utilizzatore, v., in proposito, *Le guide de la justice prédictive, Prédictice*, del 14/06/2018, in *http:// blog.predictice.com.* Prédictice «prevede» l'esito giudiziario, cioè calcola la propensione del giudice riguardo ad una decisione, a partire da una base dati costituita da sentenze di Corti d'Appello e decisioni di Cassazione. La sperimentazione di Prédictice in due Corti d'appello, quelle di Rennes e Douai, non ha avuto successo: sono stati rilevati errori di valutazione del *software*, che hanno determinato esiti anomali o inappropriati, per la confusione tra semplici ricorrenze lessicali delle motivazioni giudiziarie e le causalità che erano state decisive nel ragionamento dei giudici. La piattaforma ora è usata da operatori privati, ad esempio AXA, per valutare le possibilità di buon esito di loro strategie processuali.

[15] V., ancora, Lebreton-Derrien, *La justice prédictive. Introduction à une justice "simplement" virtuelle*, cit., pp. 15-21, spec. p. 18.

genza Artificiale e il trattamento dei dati, modificano profondamente il ruolo e l'applicazione del diritto da parte di giuristi e agenti economici. Ci si riferisce *in primis* alla raccolta e catalogazione su larga scala delle decisioni giudiziarie e alla messa a disposizione dei dati, ovvero al trattamento automatizzato di questi dati (v. al riguardo i siti specializzati in *legaltech*). In questo quadro, l'Intelligenza Artificiale permette di strutturare i dati per renderli intellegibili, di calcolare delle correlazioni e proporre delle valutazioni di probabilità di rigetto dell'istanza giudiziale in un settore specifico. È grazie a questo che si parla di giustizia predittiva.

Gli strumenti tecnici disponibili spesso favoriscono la fiducia tra gli operatori del settore. Le piattaforme mettono in contatto domanda e offerta. Vi è dunque il reale rischio di una destabilizzazione del mercato del diritto?[16] Sul medio-lungo termine, la rivoluzione digitale inciderà al punto di creare avvocati-robot (a causa di una possibile automatizzazione del loro lavoro)? La risposta, a parere e auspicio di chi scrive, sarà probabilmente negativa: la giustizia predittiva non provocherà la scomparsa degli avvocati, ma piuttosto di un certo tipo di lavoro «paralegale» ora svolto dagli avvocati, in particolare la predisposizione e gestione di *dossier* ripetitivi e semplici. Sarà presumibilmente l'intermediazione giuridica che sarà sconvolta, la relazione tra clienti e professionisti del diritto: il cliente potrà cercare una previsione dell'esito della controversia, senza fidarsi totalmente della parola dell'avvocato, e, dunque, una base per una determinazione preventiva molto precisa dei costi[17]. Va auspicato quindi un utilizzo ragionevole della giustizia predittiva, che sicuramente porta un vantaggio in termini di tempo e produttività, e vanno considerati rischi di un suo utilizzo non controllato. Innanzitutto, si prospetta un rischio di automatizzazione e standardizzazione delle decisioni giuridiche[18] e, con questo correlato, un rischio di conservatorismo e rigidità delle decisioni, poiché le previsioni proverrebbero da ciò che è già stato giudicato e la giurisprudenza cesserebbe così di evolvere. Si tratta di qualcosa che ritengo comunque poco probabile, poiché implicherebbe che i magistrati non osino prendere decisioni divergenti e che il potere legislativo non intervenga, determinando un effetto c.d. performativo: l'algoritmo avrebbe un ruolo di profezia auto-realizzatrice, distorcendo o adattando il reale per farlo corrispondere alla sua anticipazione. È un effetto constatato soprattutto nei sistemi completamente automatizzati, mentre il rischio di distorsione e di omogeneizzazione sarebbe più debole nel settore giustizia, in cui l'intervento umano è più frequente[19]. Inoltre, si prospetterebbe un rischio di parzialità, se gli algoritmi sono mal posti e la predizione giuridica non è pertanto neutra (v. ad es. il programma COMPAS, utilizzato per stimare il rischio di recidiva di condannati, che secondo uno studio svolto negli Usa del 2016 aveva un basso tasso di affidabilità, poiché sfavoriva la popolazione afro-americana, v. *supra* nota 11). Converrà allora non permettere agli algoritmi di mettere in discussione il principio del giusto processo[20] (su cui v. *infra* le Riflessioni conclusive).

---

[16] Ferey, *Analyse économique du droit,* big data *et justice prédictive*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, pp. 67-81, spec. p. 72.

[17] V. in questi termini anche Ferey, *Analyse économique du droit,* big data *et justice prédictive*, cit., p. 81; Bruguès-Reix, *La justice prédictive: un "outil" pour les professionnels du droit,*in *Archives de philosophie du droit,* Dalloz*,* 2018, tome 60, pp. 279-285, ove l'a. rileva che in Francia l'*open data* delle decisioni di giustizia (v. la già citata *Loi pour un République numérique* del 7 ottobre 2016) ha aperto il mercato degli algoritmi di giustizia predittiva. Da allora sono numerose in Francia le innovazioni che alleano Intelligenza Artificiale e diritto: il «*logiciel*" (cioè il *software*) di giustizia predittiva è uno strumento complementare al lavoro dell'avvocato, che dovrà lavorare prima e dopo il suo utilizzo: a monte dovrà porre domande pertinenti al *software*, dovrà aver circoscritto il problema; a valle, una volta che il *software* avrà fornito le sue informazioni, statistiche e probabilità, l'avvocato non dovrà solo verificare che non vi siano errori manifesti, ma dovrà analizzare il risultato che otterrà con la massima circospezione.

[18] V. sul punto Dondero**,** *Justice prédictive: la fin de l'aléa judiciaire?*, in *Recueil Dalloz* del 9 marzo 2017, n. 10, (*Chroniques-Jugement*), pp. 532-538.

[19] Larret-Chahine, *Le droit isométrique: Un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive*, cit., pp. 287-295.

[20] V. così sul tema anche Dalfino, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività,* in *Foro it.* 12/2018, c. 385 ss., spec. c. 392, e id., *Giurisprudenza creativa e prevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Giusto processo civ.*, 2017, p. 1023 ss.; Bruguès-Reix, *La justice prédictive: un "outil" pour les professionnels du droit,*cit., p. 279 ss., spec. 285, ove l'a. pone giustamente in evidenza il rischio di incomprensione: il "*logiciel*"(*software*)di giustizia predittiva comprende le decisioni di giustizia ed elabora la probabilità di successo di una pretesa. Ma *quid* in caso di successo solo parziale di un'azione? Il *software* potrebbe non riuscire a percepire questo tipo di risultato e la complessità della controversia. Per di più, la redazione troppo diversa delle pronunce è un primo ostacolo che non facilita la sistematizzazione delle decisioni stesse. Sulla necessità di tutelare la sicurezza dei dati v. Filiol, *Les risques concernant l'utilisation des algorithmes dits prédictif dans le domaine sensible de la justice, ?* in *Archives de philosophie du droit* , Dalloz, 2018, tome 60, pp. 147-152: spesso l'utilizzo di tecniche predittive nel processo giudiziario, con lo sviluppo delle tecniche di spoglio e di analisi dei dati, è considerato non solo come un'evoluzione necessaria, ma anche come una rivoluzione in grado di ottimizzare e razionalizzare la gestione della giustizia; l'a. espone in cosa questa evoluzione comporta dei rischi, quali sono le poste in gioco, perché è

Il problema è di sapere chi avrà l'incarico di controllare e padroneggiare questa tecnologia. Infatti, la complessità e, per alcuni aspetti, l'opacità degli algoritmi di Intelligenza Artificiale renderanno ancora più rilevante e attuale il problema della competenza informatica di giudici e avvocati, anche in una prospettiva di rete sistemica e integrata dei saperi[21]. E qui si arriva al problema della nostra sovranità: il rischio di dipendere da grandi gruppi, che non saranno più sotto il controllo pubblico e imporranno la loro visione economica e della società, nonché quello di un utilizzo scorretto delle nuove tecnologie per colpire le libertà individuali e i valori democratici. Le principali difficoltà riguardano soprattutto come garantire l'affidabilità del risultato, il funzionamento senza errori di una macchina/di un meccanismo[22]. Si potrebbe essere tentati di riconoscere nell'Intelligenza Artificiale applicata al diritto una forma di "transumanesimo", che nasconde le imperfezioni attuali del diritto e trascende i suoi limiti. Questa promessa di ottimizzazione non può essere nascosta, ma non si devono neppure nascondere i rischi che l'accompagnano. *In primis*, il collegamento tra Intelligenza Artificiale e destabilizzazione del diritto: il rischio di una giustizia artificiale si concreta nel rischio di intaccare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, che sono le pietre angolari di una buona giustizia. Il giudice rischia di essere influenzato dagli strumenti di giustizia predittiva, sapendo che la sua giurisprudenza viene osservata, quantificata, misurata, e potrebbe quindi modificarla, ma poiché l'indipendenza è requisito preliminare per l'imparzialità, il giudice potrebbe non essere imparziale. Vi è così il rischio che lo sviluppo degli strumenti di giustizia predittiva causi un indebolimento dell'autorità della giustizia. Questo indebolimento potrebbe altresì risultare dalla migliore accessibilità delle decisioni, poiché i richiedenti giustizia potrebbero paragonare pronunce rese in situazioni che possono sembrare simili a una persona con nessuna o scarsa preparazione giuridica. Si potrebbe inoltre profilare il rischio di un diritto superficiale, statico e rivolto al passato[23], nonché un impoverimento della ricerca giuridica, che potrebbe divenire monolitica e "insipida"[24]. In positivo, però, si può rilevare che l'uso di strumenti di Intelligenza Artificiale promuoverebbe il consolidamento del diritto, una maggiore certezza del diritto e l'ottimizzazione della formazione giuridica - ad esempio, per gli studenti di giurisprudenza, promuovendo la comprensione del funzionamento degli strumenti digitali, che essi dovranno utilizzare, ma informandoli anche sui rischi dell'applicazione al diritto della Intelligenza Artificiale e quindi sulla necessità di relativizzare i risultati ottenuti e conservare autonomia di pensiero. Si potrebbe altresì formulare una proposta di legge per definire gli obblighi deontologici dei magistrati nell'utilizzo degli strumenti di giustizia predittiva, secondo un'etica della Intelligenza Artificiale applicata al diritto[25]. Il principio di vigilanza mira a "controbilanciare il fenomeno di fiducia eccessiva e di deresponsabilizzazione che si è visto essere favorito dal carattere di scatola nera degli algoritmi e della Intelligenza Artificiale"[26].

---

illusorio sperare in qualcosa di positivo per le procedure giudiziarie. Si profilano infatti diversi rischi: un «*risque moral*" (ogni decisione deve comportare moralmente una responsabilità e, suo corollario, la sua possibile sanzione); un "*risque et non-sens techniques*" (rischio di errore tecnico, o di non senso tecnico ad es. perché un attacco di hacker può sconvolgere i dati e falsare il risultato finale - profila questo rischio anche De la Oliva Santos, *"Giustizia predittiva", interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2019, p. 887 ss., spec. p. 893); un «*risque sociétal et citoyen*" (un rischio per la società e per i cittadini, che ne mette in gioco la sovranità poiché cedono poco a poco la loro umanità agli algoritmi e ai robots).

[21] V. su questo profilo, l'approfondito studio di P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, spec. p. 328 ss.; Dondi, *Processo civile*, new technologies *e implicazioni etico-professionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 878; insiste sulla formazione a tutti i livelli Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1787 ss.; spec. p. 1816. V. anche, sull'esigenza della formazione, il Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.), il quale, nella delibera di risoluzione sui tirocini formativi presso gli uffici giudiziari (pratica n. 1058/VV/2013 del 26 luglio 2019, prot. P13750/2019), p. 12, stabilisce che: "La raccolta giurisprudenziale e la predisposizione di schede tematiche, anche nell'ambito di progetti di giustizia predittiva attivati da alcuni uffici giudiziari presuppongono che venga svolta specifica attività formativa in favore dei tirocinanti, ed altresì un controllo *a posteriori*, in quanto l'elaborazione di orientamenti e la massimazione di sentenze è questione delicata che richiede preparazione *ad hoc*".

[22] V. Kestenare*, Justice prédictive et protection juridique: quel apport dans notre relation client?, ?* in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, pp. 271-278.

[23] Così anche Bouteille-Brigant, *Pour un transjuridisme?*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, pp. 297-309, spec. p. 301 e p. 304.

[24] V. ancora, in questi termini, Bouteille-Brigant, *Pour un transjuridisme?*, cit.,p. 305; cfr. per un'analisi estensiva e interdisciplinare dell'Intelligenza Artificiale: Boden, A*rtificial Intelligence. A Very Short Introduction*, Oxford, 2018, *passim*, traduzione italiana in Id., *L'intelligenza artificiale*, Bologna, 2019. *passim.*

[25] V. in questo senso Bouteille-Brigant, *Pour un transjuridisme?*, cit., p. 308.

[26] Così CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle,* 15 dicembre

Molteplici e innegabili sono i vantaggiofferti dall'uso degli algoritmi di Intelligenza Artificiale, anche in chiave di giustizia predittiva, oltre a quelli sopra segnalati, ad esempio l'omogeneizzazione della giustizia, che dovrebbe rafforzare la fiducia dei cittadini nella giustizia stessa. Gli *open data* faranno infatti evolvere il ruolo del giudice, permettendo ai magistrati di confrontare le loro analisi e favorendo così la coerenza delle decisioni giudiziarie e la loro previsione[27]. Si potrebbe dire che "l'uomo più la macchina sarà vincente sull'uomo solo o la macchina sola"[28]. L'Intelligenza Artificiale può costituire una esplosione creatrice per il mondo del diritto perché le evoluzioni dei prossimi anni metteranno forse fine alla divisione tra sistemi giuridici di *Civil Law* e di *Common Law,* per farli convergere verso un nuovo paradigma, un «diritto isometrico»(«*Isometric Law"*), vale a dire un sistema giuridico nel quale l'integralità delle decisioni di giustizia è misurata in modo uguale da un programma informatico, la cui sintesi finisce per divenire essa stessa norma[29]. L'ufficio del giudice rischia poi di essere modificato nella misura in cui il suo ragionamento potrebbe doversi adattare. Nei paesi di diritto civile, il giudice applica la legge ai casi particolari, e ciò è una condizione del rispetto della separazione dei poteri e dell'uguaglianza tra i cittadini sottoposti a una stessa regola. Con la giustizia predittiva, il giudice dovrebbe verificare se il caso da giudicare è identico o simile, secondo il software che implementa gli algoritmi di giustizia predittiva, a uno o più processi già giudicati. È dunque un metodo dei casi quello che viene promosso. Il metodo sillogistico è rifiutato per adottare un approccio che si avvicina a quello dei giudizi di *Common Law* e che porta a dare autorità ai precedenti. Ma, si noti, questa autorità sarà quella di tutti i precedenti analizzati dal programma, e non più, come nei paesi di *Common Law*, quella di alcune decisioni della Corte suprema. Con la giustizia predittiva, tutte le informazio-

2017; per un commento su questo rapporto v. Marraud des Grottes, *Intelligence artificielle: la CNIL appelle à une plus grande vigilance*, *RLDI*, 2018/144, p. 41; v. anche Bensamoun, *Rapport de la CNIL sur les enjeux de l'intelligence artificielle, une réflexion éthique*, *RPPI*, n. 1, aprile 2018, dossier 5.

[27] V. in questo senso anche Larret-Chahine, *Le droit isométrique: Un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive,Archives de philosophie du droit*,Dalloz, 2018, tome 60, pp. 287-295, spec. p. 294 s.

[28] Si ritorna al discorso sulla possibile automatizzazione e individualizzazione dell'applicazione delle regole di diritto, per coglierne le implicazioni in termini di efficacia economica, v. Ferey, *Analyse économique du droit,* big data *et justice prédictive*, cit., p. 81; v. sul tema anche le considerazioni di Dupré,*Du droit saisi par l'IA au droit saisissant l'IA, éléments de réflexion*, *Archives de philosophie du droit,* 2018, Dalloz, tome 60, pp. 103-116, il quale rileva che Intelligenza Artificiale è una nozione propizia ai fantasmi: fa paura per la capacità che avrebbe di soppiantare l'uomo e per i mezzi di controllo sociale che permetterebbe. In pratica, l'I.A. costituisce, come noto, una tecnologia che permette a delle macchine di realizzare cose che gli umani qualificano intelligenti. Il rapporto che l'I.A. intrattiene con il diritto si situa essenzialmente a due livelli: da una parte si può trattare, grazie all'I.A., il diritto come un oggetto matematico, e ciò permette di quantificare l'alea giudiziaria (in questo quadro, la macchina non scimmiotta il ragionamento del giudice, ma permette di misurare meglio le soluzioni possibili e le loro probabilità, con la speranza di favorire soluzioni amichevoli-conciliative); dall'altra parte, l'I.A. è un campo del diritto nascente, di cui i giuristi devono impadronirsi. La riflessione relativa all'automatizzazione della giustizia non è peraltro nuova: l'idea era già in germe in Montesquieu con l'idea di un giudice "*bouche de la loi*", v. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro XI, capitolo VI "*Les juges de la nation ne sont que la bouche de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*".

[29] L'espressione "*isometric law"* è stata coniata da Larret-Chahine, *Le droit isométrique: Un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive*, cit.,p. 292: l' a. è il co-fondatore della società Prédictice, e per questo, forse, il suo contributo si esprime in modo molto favorevole alla giustizia predittiva; nell'articolo l'a. rileva come l'*open data* congiunto alle tecnologie di analisi quantitativa delle decisioni giudiziarie creerebbe dunque un potere normativo di fatto a partire dalle pronunce *de fond* (di merito), con l'effetto collaterale che il diritto isometrico sfuggirebbe in parte al potere politico, poiché prodotto dai magistrati, per divenire più democratico e coloro che li influenzano, in primo luogo avvocati e dottrina, devono imparare a padroneggiare gli strumenti di giustizia predittiva - quindi un diritto più trasparente, più democratico, più giusto, più flessibile e in apparenza più obiettivo. Il diritto isometrico costituirebbe una risposta all'aspirazione dei cittadini di un rinnovamento del sistema giustizia che funziona male. L'autore dimentica però, a mio parere, che le società-imprese che creano e gestiscono il *software* possono scegliere, a monte, quali dati e pronunce giudiziarie inserire o scartare, per cui il risultato può risultare falsato e non attendibile in mancanza di algoritmi completi e comprensibili anche per i giuristi, e non solo per gli informatici, onde consentire un controllo degli operatori giuridici *ex ante, in itinere e ex post*. Un diverso approccio, logico e non statistico, all'uso degli algoritmi di I.A. (non applicati alla giurisprudenza, ma alla normativa) è stato proposto in Italia da Viola, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, *Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, vol. I, 2a ed., 2018, *passim*, secondo cui occorre costruire un modello matematico semplificato, sulla base dell'art. 12 delle Preleggi, partendo dall'interpretazione letterale della norma, in subordine alla interpretazione in base *alla ratio legis* e in subordine ulteriore all'*analogia legis* e infine *all'analogia iuris*, matematicizzando questi criteri, attraverso degli algoritmi, dato che il suindicato art. 12 delle Preleggi costituisce già di per sé la base per un algoritmo. Il suddetto approccio logico all'uso degli algoritmi è secondo l'a. preferibile rispetto a quello statistico, considerando che l'ordinamento italiano è molto complesso anche per la qualità piuttosto scarsa delle norme, per il grado di difformità delle decisioni dei giudici e per l'impossibilità di comprendere il percorso motivazionale che è stato seguito dall'algoritmo - che sovente opera come una *black box* - al fine di pervenire ad un determinato risultato.

ni contenute nelle decisioni - tanto i giudizi di primo grado quanto le sentenze della cassazione - faranno autorità, salvo che il programma non gerarchizzi le decisioni. Certamente vi sarà una semplificazione del lavoro del giudice, ma soprattutto si attuerà una trasformazione del suo modo di procedere[30].

2. Luci ed ombre dell'uso degli algoritmi di Intelligenza Artificiale nella giustizia civile

Attraverso l'uso degli algoritmi e, quindi, dell'Intelligenza Artificiale non si sostituisce l'attività del professionista, cioè dell'avvocato o del giudice, né quella degli operatori nel settore dell'amministrazione della giustizia, ad es. del personale delle cancellerie giudiziarie, ma si aiuta il professionista con uno strumento di lavoro efficace. Per quanto concerne gli avvocati, il ricorso agli algoritmi consente più facilmente di conoscere, seppur in termini prognostici e statistico-probabilistici, l'esito del giudizio e, quindi, di poter evitare liti che si possano rivelare temerarie e ricorrere a vie alternative di soluzione delle controversie (mediazione, negoziazione assistita, arbitrato) ove più convenienti per le parti, con conseguente deflazione del contenzioso e risparmio di costi processuali inutili - prodotti anche dal fatto che, se le parti giungono a una soluzione condivisa, vi sarà un meno frequente utilizzo delle impugnazioni e conseguente aggravio del contenzioso (su cui v. *infra* in questo paragrafo). Così la giustizia predittiva potrebbe prevenire ed evitare il giudizio, contribuendo a «disintasare» i tribunali. Resta fermo però, a parere di chi scrive, che la giustizia predittiva deve essere conforme ai principi fondamentali del giusto processo. Questi principi sono nati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sono garantiti da norme costituzionali come gli artt. 25 e 111 Cost. (su cui v. *infra* paragrafo 3). Viene allora da chiedersi se la giustizia predittiva potrebbe avere delle ricadute sui principi fondamentali dei processi, in particolare del processo civile. Il diritto di adire il giudice non sarebbe compromesso, in quanto la previsione delle *chances* di successo di una decisione da parte di un algoritmo non impedisce di per sé di adire le vie giudiziali. Anche se le possibilità di successo sono nulle, ciò, attualmente, non costituisce un ostacolo alla ricevibilità dell'istanza. Probabilmente, se il *software* di giustizia predittiva fosse utilizzato di frequente in futuro, il legislatore potrebbe però essere tentato di prevedere una non ricevibilità collegata alle basse possibilità di successo o, più certamente, a una possibilità di fallimento al 100% dell'azione. E questa dovrebbe essere considerata una violazione di fatto del diritto di adire il giudice[31]. Ma la situazione è diversa in presenza di una predizione/prevedibilità di successo molto alta per una parte e molto bassa per l'altra. La parte che può ostentare un'alta possibilità di successo potrà imporre alla controparte di negoziare su questa base. Ne deriva che la giustizia predittiva condurrà allo sviluppo dei modi alternativi di soluzione delle controversie a beneficio dello Stato, le cui finanze saranno alleggerite. Ma la giustizia predittiva comporterà anche il rischio non trascurabile di un forte incentivo alla rinuncia ad adire le vie giudiziali. Questa rinuncia è lecita se è realizzata con conoscenza di causa, in modo non equivoco - perché un risultato affidabile deve nascere da statistiche non contestabili - e, soprattutto, senza costrizioni. Il diritto di agire in giudizio va contemperato con l'esigenza di prevenire casi di abuso del processo, il contenzioso temerario, anche perché tale diritto può estrinsecarsi comunque compiutamente, anche avvalendosi di strumenti alternativi qualitativamente efficaci, ma in molti casi meno costosi di un processo (quali la mediazione) e più rapidi (quali la mediazione suddetta e l'arbitrato), che quindi meritano di essere incentivati[32]. Va segnalato sul punto l'interessante progetto "Giustizia semplice" del Tribunale di Firenze (in collaborazione con l'Università degli Studi di Firenze) sulla mediazione e l'uso di algoritmi di Intelligenza Artificiale[33], finalizzato ad individuare, nelle materie contrattuali e di competenza del Tribunale delle Imprese, le cause conciliabili, onde facilitare il giudice nell'invio della controversia in mediazione demandata e a realizzare un algoritmo predittivo in tale campo. Questi i

[30] V. così sul punto Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., pp. 223-236.

[31] In questi termini v. anche Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., p. 227, l'a. rileva altresì che quando il programma predittivo annuncia una possibilità di successo vicina al 50%, c'è incertezza sul risultato della controversia e il ricorso al giudice è giustificato per mettervi fine.

[32] Del resto strumenti di giustizia, in senso lato, predittiva non sono nuovi nel nostro ordinamento, si pensi ad esempio all'art. 185 *bis* c.p.c., a norma del quale il giudice aiuta in anticipo le parti a capire quale è il ragionamento giurisprudenziale, che sta facendo, e a cosa può condurre anche al fine di portare le parti a un eventuale accordo: ad esempio tramite una soluzione transattiva o conciliativa (Buffone, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici*, 2a ed., 2018, tenutosi a Roma il 19/10/2018, in *www.treccani.it*.

[33] V. sul punto in *toscana24.ilsole24ore.com*.

risultati provvisori, ma significativi: in 11 mesi sono state mandate in mediazione 1160 cause, la mediazione è stata avviata nel 70% dei casi (a fronte di una media nazionale del 52%) e l'accordo è stato raggiunto nel 55% dei casi nelle controversie contrattuali (a fronte del 36% a livello nazionale). Nel periodo febbraio 2018-gennaio 2019 sono state selezionate 6482 cause civili, e con lo studio analitico degli atti di causa è stato ravvisato il potenziale per un accordo della controversia in 3720 casi. Nel 72% delle cause studiate è stata rilevata la presenza di elementi significativi per la conciliabilità stragiudiziale della lite. La mediazione è stata effettivamente svolta nel 70% dei casi. Se all'esito di tutte le procedure sarà confermato il trend indicato, 447 processi si chiuderanno con una soluzione mediata capace di soddisfare l'interesse delle parti.

La giustizia predittiva ha come oggetto lo stabilire ciò che potrebbe essere giudicato basandosi su ciò che è già stato giudicato. Essa si fonda così sullo sfruttamento di banche dati di giurisprudenza in corso di sviluppo (v. le decisioni della Cassazione disponibili in Francia - in Italia siamo solo all'inizio in questa direzione - come *open data*, vale a dire che possono essere liberamente scaricati e riutilizzati). Concepita per "illuminare" le persone sull'esito probabile di una controversia, la giustizia predittiva potrebbe avere come primo effetto di dissuadere le persone dal rivolgersi a un giudice per risolvere una lite il cui esito appaia prevedibile Ma c'è il problema della qualità dell'informazione: della sua affidabilità per completezza, correttezza e trasparenza (su cui v. *infra* in questo contributo), nonché della necessità di integrare la giurisprudenza con la dottrina. Per esempio, un algoritmo che prendesse in considerazione solo la giurisprudenza passata, senza considerare il fatto che una nuova legge o un *revirement* della giurisprudenza ha mutato il regime giuridico applicabile, darebbe dei risultati errati, che trarrebbero in inganno. La giustizia predittiva non può sostituirsi all'atto del giudicare, che consiste nel rendere una sentenza motivata in fatto e in diritto sulla base di elementi che hanno potuto essere dibattuti in contraddittorio[34]. In questa cornice, gli strumenti di giustizia predittiva, se utilizzati durante il processo, obbediranno ai principi della procedura e saranno sottoposti come gli altri elementi alla dialettica in contraddittorio. Tuttavia potrebbero arricchire i dibattiti giudiziari e contribuire a definire e precisare l'equilibrio tra prevedibilità e imprevedibilità, necessario nell'esercizio della giustizia: una giustizia totalmente prevedibile nella sua applicazione, automatica, non è più giusta. Al contrario, una giustizia insufficientemente prevedibile tende necessariamente verso una discrezionalità del giudice, che se eccessiva giunge all'arbitrio[35].

L'utilizzo nel settore giustizia degli algoritmi consentirebbe al giudice di trovare più velocemente soluzioni ad un controversia, dato che l'utilizzo degli algoritmi anche nel settore della giustizia permetterebbe di analizzare in breve tempo una quantità di dati immessi nel sistema informatico molto più ampia (i cosiddetti *big data*) rispetto a quanto è solitamente in grado di fare un essere umano, agevolando la ragionevole durata dei processi e la circolarità della giurisprudenza, stimolando la conoscenza e responsabilizzando i soggetti. Ciò non serve ad anticipare il dispositivo della sentenza tramite l'impiego dell'Intelligenza Artificiale (giustizia predittiva in senso stretto, n.d.s.), ma per fornire un supporto tecnologico, un orientamento e un'integrazione al processo interpretativo e decisionale, per giungere così a una maggiore efficienza nella soluzione delle controversie e, dato che aumenterebbe il grado di prevedibilità e di stabilità delle decisioni, evitando mutamenti di giurisprudenza repentini e contraddittori[36]. Si potrebbe concepire un algoritmo che seleziona in modo intelligente l'informazione in una banca dati anticipando ciò che cerca l'utilizzatore, senza imporre la soluzione a una causa. Così, ben lontano dal sostituirsi all'uo-

[34] Schirò, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici*, 2a ed., 2018, tenutosi a Roma il 19/10/2018, in *www.treccani.it*.

[35] V. così v. Rottier, *La Justice prédictive et l'acte de juger: quelle prévisibilité pour la justice?*, in *Archives de philosophie du droit* , Dalloz, 2018, tome 60, pp. 188-193.

[36] Chiaravallotti, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici*, 2a ed., 2018, tenutosi a Roma il 19/10/2018, in *www.treccani.it*. Secondo Castelli-Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *www.questionegiustizia.it* (15-05-2018), "non si tratta di predire con esattezza puntuale il dispositivo di una sentenza, ma di individuare l'orientamento del ragionamento del giudice. Poiché tale ragionamento non ha mai la natura di un sillogismo lineare, ma si compone di passaggi analogici deduttivi induttivi, la predizione sarà focale e non puntuale". Sull'utilizzo delle banchi dati come "miniera di dati", in particolare in Italia della banca dati nazionale di giurisprudenza, legislazione e dottrina, attualmente denominata Italgiureweb e gestita dalla Corte Suprema di Cassazione mediante il CED (Centro elettronico di documentazione), si rinvia a Castelli-piana, *Giustizia predittiva: La qualità della giustizia in due tempi*, cit. (15-05-2018), e Id., *Giusto processo e intelligenza artificiale*, San Arcangelo di Romagna, p. 50 ss. e 115 ss.; v. anche Vincenti, *Il "problema" del giudice-robot*, in AA.VV., *La decisione robotica*, a cura di Carleo, cit., p. 112.

mo, l'algoritmo lo sosterrebbe nel suo sforzo intellettuale sollevandolo da fastidiose ricerche documentali. È comunque l'utilizzatore che ha la responsabilità di usare in modo pertinente i risultati dell'algoritmo in rapporto alla singolarità del caso di specie[37]. Tutto ciò favorirebbe non solo la modernizzazione e la semplificazione dell'accesso al giudice[38], ma anche una maggiore certezza del diritto, dato che aumenterebbe il grado di prevedibilità delle decisioni e migliorerebbe l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini (che a volte desistono dall'adire le vie giudiziali, al fine di far valere i propri diritti, per il timore di affrontare i costi di cause lunghe e dall'esito incerto), tenendo comunque conto del fatto che anticipare la decisione non significa anticipare il dispositivo della sentenza, ma vuol dire, in una prospettiva di trasparenza, rendere le parti partecipi del ragionamento del giudice[39]. Un simile algoritmo sarebbe, mi sembra, ben applicabile alle tipologie di controversie più semplici e standardizzate, a bassa litigiosità e con poche variabili, e a quelle seriali (come le controversie in materia di contratti di consumatori) o per il calcolotramite utilizzo di algoritmi degli assegni familiari a favore del coniuge e/o dei figli (v. ad esempio il software ReMida[40]).

In generale, l'uso degli algoritmi di Intelligenza Artificiale è auspicabile nelle cause ripetitive, semplici e di modesta entità, "dove spesso è sufficiente la mera allegazione del fatto e di una produzione documentale priva dei crismi formali e dove è rara l'opposizione del soggetto intimato"[41]. È ipotizzabile nella individuazione di parametri di credibilità di un testimone, in base ai risultati raggiunti dalla c.d. psicologia della testimonianza. Oppure è attualmente già in essere nella realizzazione di "programmi che aiutano a ricostruire i fatti sulla base degli indizi che in precedenti casi hanno svolto un ruolo fondamen-

[37] In questi termini, Rouvière, *Le raisonnement par algorithmes: le fantasme du juge robot*, in *RTD Civ.,* aprile-giugno 2018, pp. 530-532 (commento e recensione di tre opere: Meneceur, *Quel avenir pour la "justice prédictive"? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice*, *JCP* 2018, p. 190; Ferrié, *Les algorithmes à l'épreuve du droit à un procès équitable*, *JCP* 2018, p. 297; Guérandier, *Réflexions sur la justice prédictive*, *Gaz. Pal.* 3 aprile 2018, p. 15; per ragioni diverse, gli autori recensiti sostengono che invece il ricorso a un giudice-robot è inquietante e poco auspicabile); v. ancheLasserre*Justice prédictive et transhumanisme*, *Archives de philosophie du droit* , Dalloz, 2018, tome 60, p. 297, il quale rileva che l'argomento della giustizia predittiva è uno degli argomenti di attualità più scottanti: la giustizia predittiva seduce in quanto promette una giustizia più sicura e migliore; tuttavia, la sua stessa denominazione, il suo utilizzo, i suoi simboli, la sua legittimità e i suoi effetti meritano di essere criticati e discussi.

[38] Ambrani Mekki, *Justice judiciaire, justice amiable, justice numérique: des liasons dangereuses?*, in *Gazzette du Palais*, n. 28, 31 luglio 2018.

[39] Buffone, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici,* cit.

[40] Si tratta di un software privato messo a punto da G. D'Aietti, *ex* Presidente del Tribunale di Sondrio, che consente, usando modelli matematici predittivi e oggettivi, di assicurare uguaglianza di trattamento, attraverso un approccio induttivo, sulla base dei fatti comunque allegati e provati dagli avvocati delle parti, onde evitare che, come spesso accade, anche se i redditi sono gli stessi, cambia l'ammontare dell'assegno di mantenimento. Il software Remida, basato sugli algoritmi, è stato di recente utilizzato anche dal Tribunale di Catania, sezione terza, sentenza del 26 febbraio 2019, in*www.lanuovaproceduracivile.com*(n. 3/2019), per la quantificazione del danno biologico in un sinistro stradale. V. anche il progetto ancora *in fieri* elaborato in convenzione tra il Tribunale di Genova e la Scuola superiore S. Anna di Pisa, su cui v. Imperatore, *Genova-Pisa: l'intelligenza artificiale vuole entrare in tribunale* **,** in *gNewsonline* (*GiustiziaNewsOnline. Quotidiano del Ministero della Giustizia*), 18 Settembre 2019. Il fine del progetto è quello di effettuare un'analisi delle tendenze in un periodo dato per estrarre gli orientamenti giurisprudenziali che emergono. "Si potranno così stabilire al termine della ricognizione e della rielaborazione dei dati, quali siano le soluzioni prevalenti e quali quelle minoritarie, in presenza di presupposti di fatto comuni e determinati. Questo risultato iniziale dell'indagine sarà d'interesse soprattutto per i giudici, che avranno così a disposizione dati sintetici e analitici per valutare la correttezza delle proprie decisioni, l'esistenza o meno di orientamenti dominanti per comprendere la ragione e l'eventuale incoerenza di queste ultime". Si sottolinea come "più le decisioni dei giudici sono coerenti tra loro, più risultano prevedibili gli esiti delle cause intraprese dai cittadini. Scontate diventano così le ricadute in termini di riduzione del contenzioso e possibilità di soluzioni concordate tra le parti in causa. Si partirà da tre casi di studio: le sentenze in materia di separazione e divorzio; quelle che quantificano i risarcimenti dei danni non patrimoniali; tra queste, specificamente, quelle di risarcimento del danno da stress e da mobbing lavorativo. Il passaggio ulteriore sarà prevedere come il giudice deciderà in presenza di situazioni identiche o analoghe a quelle analizzate". Nella stessa prospettiva di creare banche dati anche su pronunce di merito, estraendo dai provvedimenti non solo la massima, ma anche l'illustrazione degli elementi caratterizzanti il caso concreto, a fini di giustizia predittiva, si colloca l'interessante progetto, già in essere, della Corte d'appello di Brescia, in collaborazione con la locale Università. Come ha sottolineato il Presidente della Corte, Claudio Castelli (anche coautore con D. Piana dell'opera *Giusto processo e intelligenza artificiale*, cit.) l'obiettivo è la creazione di una banca dati il più "smart" possibile e allo stato dell'arte, con la raccolta, per ora, di tutti i provvedimenti emanati dal 2018 in poi in specifici ambiti: le materie assegnate alla competenza del tribunale delle imprese, gli appalti, i contratti bancari, e il lavoro con specifico riguardo a rapporto di lavoro, infortunistica, licenziamenti.

[41] Così, testualmente, Nieva fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, traduzione in italiano di P. Comoglio, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 14.

tale nella ricerca"[42]. Indispensabile è estrarre dai provvedimenti giudiziari non soltanto la massima, ma anche la casistica e dunque l'illustrazione degli elementi caratterizzanti il caso concreto, poiché "registrare" sul database la massima senza alcuna indicazione del caso specifico rischia di compromettere i passi successivi, forse anche l'*output* di futuri algoritmi predittivi. Gli algoritmi consentono una valutazione celere e al contempo accurata dei dati e delle variabili di *input*, purché standardizzati, inseriti come *input*, più di quanto riuscirebbe a fare un essere umano, consentono cioè di indicizzare i dati, di astrarre dei criteri o delle regole generali dalla ripetitività dei casi. Oltre al già citato sistema giudiziario francese, altri ordinamenti, come quelli di Gran Bretagna e Paesi Bassi, hanno lavorato alla realizzazione di meccanismi di trattamento più o meno automatizzato della giurisprudenza, onde limitare contenziosi civili ripetitivi e di basso valore. Nei Paesi Bassi, il Governo porta avanti un progetto che prevede la gestione *on line* di casi di mediazione delle controversie civili (in materia di diritto della famiglia): *Rechtwijzer* è una piattaforma di consulenza presente a livello internazionale nelle politiche di promozione dello stato di diritto, che instaura la connessione tra utente mediatore e assistente legale in via digitale e dematerializzata; fornisce servizi di consulenza, mediazione in senso proprio, monitoraggio della fase esecutiva; dal 2015 ne è stata stabilita l'applicazione anche alle controversie riguardanti diritti di proprietà, controversie condominiali e controversie concernenti i servizi alla persona. Nel 2013, il Ministero della sicurezza e della giustizia dei Paesi Bassi, in cooperazione con il Consiglio per la giustizia, ha altresì previsto una procedura digitale obbligatoria per gli avvocati in materia civile e commerciale; la sperimentazione è in corso (8000 casi ad oggi sono stati gestiti in via telematica). In tutti i casi di richiesta di asilo sono state adottate procedure di *case filing* e *case management* telematiche. Nel settembre 2017 è stata iniziata una sperimentazione per tutte le procedure civili, obbligatoria in due sedi circondariali; il processo di completamento della fase attuativa dovrebbe avvenire nel 2020[43]. In Austria ci si avvale di strumenti di Intelligenza Artificiale nei tribunali per la lettura rapida, la classificazione e l'attribuzione di atti e documenti alle sezioni di cancelleria e anche per monitorare l'attività dei tribunali. In altri ordinamenti, come quello cinese, la Corte on line di Pechino (Beijing Internet Court) ha predisposto un centinaio di robot con il compito non di pronunciare sentenze, ma di affiancare il giudice nel processo decisionale. Tale giudice virtuale ha sembianze e voce femminili, e coadiuva il giudice umano nello svolgimento dei compiti più ripetitivi come la ricezione dei ricorsi, l'analisi giurisprudenziale su casistica con esiti simili, ciò per sgravare i magistrati delle attività più semplici e ripetitive, velocizzare i tempi processuali e anche realizzare una giustizia predittiva.

Dato che un calcolatore, impiegando gli algoritmi, è in grado di tener conto e interpretare tutti i dati giuridici e fattuali a disposizione, potrebbe, al termine di un trattamento informatico, valutare con una grande precisione la soluzione da dare a una controversia tenendo conto dei giudizi già resi in situazioni simili, attraverso un'analisi diagnostica e predittiva della giurisprudenza. La sua valutazione statistica sarebbe sicuramente migliore di quella di un essere umano e forse perfino, in termini statistici, infallibile[44]. Resta fermo che il giudice ha comunque un ruolo rilevante per valutare le prove e per decidere in che misura discostarsi dal responso dell'algoritmo, quindi gli algoritmi di Intelligenza Artificiale, che, anche quando effettuano previsioni sempre più precise, non configurano una decisione anticipata. Gli algoritmi sono strumenti di semplificazione e razionalizzazione del sistema, promuovono la calcolabilità giuridica in quanto è possibile con modelli matematici pervenire ad una interpretazione della legge prevedibile, e dunque rendere conoscibile *ex ante* l'esito dell'interpretazione della legge sul piano pratico; ad esempio per calcolare indennizzi in materia di licenziamenti, per emanare ingiunzioni per pagamento di somme non contestate, in controversie di sfratto, verrebbe meglio assicurata la garanzia dell'uguaglianza di trattamento: casi uguali verrebbero dall'algoritmo risolti con uguale esito e al giudice non resterebbe che controllare che i dati iniziali immessi nell'algoritmo siano completi, mirati, affidabili e corretti, e che le varie fasi del procedimento si siano correttamente compiute, permettendo al giudice di riservare più tempo a controversie complesse e in cui sia

[42] V., ancora, Nieva fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, traduzione in italiano di P. Comoglio, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 14.

[43] V. in argomento, Castelli-Piana, *Giustizia predittiva, La qualità della giustizia in due tempi*, in *www.questionegiustizia.it*, 15-05-2018; Id., *Giusto processo e intelligenza artificiale*, cit., 100 ss.; Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica". Il giudice di merito*, in AA.VV., *La decisione robotica*, a cura di Carleo, cit., p. 129.

[44] Garapon-Lassègue, *Justice digitale*, cit., p. 136; Jeuland, *Justice prédictive: de la factualisation au droit potentie*l, *RPPI*, ottobre 2017, n. 2. p. 15 ss.

necessaria una maggiore discrezionalità (che gli algoritmi, a differenza del giudice, non possono garantire)[45].
Per quanto attiene al rispetto del principio dell' "uguaglianza delle armi", indispensabile per garantire un giusto processo, si possono porre dei problemi in relazione al fatto che l'utilizzo della giustizia predittiva richiede il ricorso a imprese che hanno elaborato software specifici e li sfruttano commercialmente. Questa attività si sviluppa in un contesto di liberalizzazione notevole, che porta imprese innovative, le cosiddette *legaltech*, a impadronirsi di tale nuovo mercato. Si tratta di imprenditori associati a informatici che sviluppano questi software, non giuristi né ancor meno il potere pubblico. Le conseguenze per l'uguaglianza delle armi sono importanti: solo chi ha i mezzi per pagarsi i servizi di queste imprese ne trae vantaggio. Gli utilizzatori più potenti possono così scegliere i risultati che sono loro favorevoli, utilizzando diversi software di giustizia predittiva, e negoziare con la controparte sulla base di tali risultati. Se la controparte non ha i mezzi per utilizzare software analoghi, ne risulterà una situazione privilegiata per il richiedente, dunque la rottura dell'uguaglianza delle armi. Inoltre, esiste il rischio che i software siano concepiti per i clienti più facoltosi: banche, grandi imprese, compagnie di assicurazione. I risultati sarebbero così falsati. Certamente, l'ineguaglianza è già presente in caso di controversia tra una parte forte (professionista, datore di lavoro o impresa), che può sollecitare molti pareri di avvocati, di fronte a una parte debole (consumatore, lavoratore salariato), che non può far fronte a spese equivalenti. Tuttavia c'è una differenza importante fra le due situazioni possibili: i risultati forniti dall'algoritmo di giustizia predittiva apparirebbero come evidenti e incontestabili, contrariamente ai pareri degli avvocati. Si sa che non è così: bisogna sempre interpretare le cifre e i risultati forniti da un software elaborato da uomini, che hanno tenuto conto di certe opinioni scartandone altre. Ma, è indubbio, l'apparente obiettività dei numeri fa impressione. Il rischio di ledere il principio di uguaglianza delle armi potrebbe essere scongiurato se la giustizia predittiva risultasse da un software unico, pubblico e gratuito, cosa che attualmente non avviene. Ma è auspicabile? Non è certo: un software unico presupporrebbe che si possa con certezza valutare i risultati futuri dei processi secondo un solo metodo. Questo non è soltanto tecnicamente discutibile, ma anche pericoloso, poiché la previsione/prevedibilità una e centralizzata tenderebbe a divenire la verità ufficiale, che influenzerebbe il giudice al punto di poterlo progressivamente sostituire[46]. Occorre pertanto rifuggire da una prospettiva manichea, che vede da un lato i giuristi fautori di una visione scettica e di un rifiuto anacronistico dell'uso degli algoritmi (nel timore si realizzino scenari come quelli prospettati nel film *Minority Report*[47]), dall'altro i giuristi fautori di un'accettazione incondizionata ed entusiasta degli algoritmi stessi per qualsiasi tipo di procedimento civile[48]. Trattandosi di una svolta epocale nel mondo del diritto e dell'amministrazione della giustizia, essa incute il timore di non essere pronti, e la preoccupazione per i rischi di una giustizia disumanizzata in cui l'uomo, giudice o avvocato, possa essere soppiantato dal robot, come nello scenario futuristico del romanzo *Lex Humanoide, des robots et des juges*.[49]. Ma, a ben vedere, il processo decisionale del giurista (e specialmente del giudice) non può essere sostituito da un algoritmo, da un'applicazione matematica che si sostituisca totalmente al giurista uomo, in quanto vi sono elementi che non sono prevedibili, come le clauso-

[45] *Contra* Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., p. 228, secondo cui il principio di uguaglianza delle armi che protegge i diritti delle parti rischia di essere intaccato.

[46] Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., p. 230.

[47] *Minority Report* è un film del 2002 diretto da Steven Spielberg, liberamente tratto dall'omonimo racconto di fantascienza scritto nel 1956 da Philip K. Dick. Vi si immagina che in un ipotetico futuro l'umanità abbia completamente eliminato gli omicidi e la maggior parte delle azioni criminali grazie all'istituzione della polizia Precrimine, che utilizza tre veggenti in grado di prevedere il futuro e riesce così a sventare i crimini prima che questi possano essere commessi. Non viene pertanto punito il crimine, che non avviene, bensì l'intenzione di compierlo, che porterebbe a concretizzarlo. Ma si scopre che a volte uno dei veggenti fornisce un rapporto discorde dagli altri due, e che, quando ciò accade, il rapporto di minoranza viene arbitrariamente scartato per non inficiare pubblicamente l'affidabilità del sistema.

[48] V. in argomento, Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, con prefazione e traduzione italiana di P. Comoglio, Torino, 2019, *passim*, e Castelli-Piana, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, cit., *passim*.

[49] Janot, *Lex Humanoide, des robots et des juges*, Thot, 2017, *passim*. In tale romanzo si immagina che, nel 2030, la giustizia sia gestita da CUJAS, un sistema esperto che ha sostituito i giudici umani, troppo soggettivi. Il ruolo degli avvocati si limita all'inserimento dei dati e le decisioni vengono prese in conformità al principio di "equità statistica". Ma qualcuno teme che il sistema esperto miri ad ottenere l'equiparazione delle macchine con i vivi per far loro acquisire gli stessi diritti, e indagando in proposito scopre che CUJAS ha arbitrariamente e autonomamente manipolato i suoi database di riferimento.

le valoriali (ad es. l'interesse del minore, la buona fede) in una società post moderna[50] e «liquida»[51] come quella attuale, molto complessa e in continua evoluzione[52], in cui è richiesta più discrezionalità nell'applicazione della legge. Gli algoritmi possono essere invece inseriti gradualmente nel sistema giustizia per coadiuvare il giurista nell'attività di organizzazione del lavoro giudiziario, ad es. nella assegnazione dei fascicoli: una volta che viene reso disponibile l'algoritmo, la sua applicazione rende più automatica e veloce l'assegnazione dei procedimenti e permette di realizzare meglio la garanzia del giudice naturale. Gli algoritmi permettono anche di formalizzare regole di applicazione delle norme ai casi concreti, ma l'applicazione di tali regole non può prescindere dal giudice, che può modificare e decidere l'esito della controversia: si tratta di applicazioni di Intelligenza Artificiale cosiddetta "debole", e non sembrano praticabili nel breve-medio termine applicazioni di Intelligenza Artificiale "forte", *alias* un giudice robot[53], anche se alcune esperienze straniere come quella dell'Estonia a taluni potrebbero richiamare il fantasma del giudice robot[54]. Nel nostro ordinamento il giudice, anche in caso di utilizzo sempre più cospicuo e implementato dei cosiddetti sistemi di *machine learning*, resta la figura indispensabile, che consente di realizzare il percorso "tesi-antitesi-sintesi" di applicazione delle norme ai casi concreti, dopo aver esaminato, nel modo più veloce e accurato che le tecnologie consentono, i precedenti giurisprudenziali (pur avendo questi ultimi, come noto, nel nostro ordinamento e negli altri sistemi di *Civil Law*, portata persuasiva e non vincolante, a differenza dei sistemi di *Common Law*) e più autorevole sarà la sintesi, più efficace sarà il precedente giurisprudenziale[55]. In questa prospettiva, l'uso degli algoritmi di Intelligenza Artificiale riveste una funzione virtuosa per supportare un'applicazione del diritto meno potenzialmente fallace ed esposta ai rischi dell'errore umano[56] e soprattutto di calcolabilità giuridica[57]. Se gli algoritmi, che com'è noto si basano su regole logico-matematiche simi-

[50] Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Les editions de minuit 1979, *passim*.

[51] Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, *passim*.

[52] V. sul punto anche corasaniti, in *L'indiscreto fascino della giustizia predittiva: il decalogo dei giuristi italiani. Intelligenza artificiale, algoritmi e tutela dei diritti*, a cura di C. Morelli, in *www.altalex.com* (15/10/2018), secondo cui l'»evento deve essere letto, interpretato e tradotto in linguaggio macchina in modo il più possibile fedele». Inoltre la macchina replica attraverso analisi di precedenti ma non può sostituire i «sentimenti» umani» o tener conto di tutte le variabili che sono proprie del nostro ordinamento.

[53] Schirò, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici*, cit.

[54] L'Estonia si è affidata ad un interessante progetto tecnologico, *e-Estonia*, tramite il quale sono stati digitalizzati tutti i servizi per i cittadini in un'unica piattaforma denominata *X-Road*: tutti i dati di ogni cittadino confluiscono su tale piattaforma, a cui si accede mediante una carta di identità elettronica. L'Estonia ha voluto anche sperimentare dei robot che esercitino la funzione di giudici per risolvere le controversie di minore entità, fino a € 7000, 00, onde smaltire l'arretrato. "Il Ministero della Giustizia estone ha costituito un pool di esperti con il compito di creare un sistema di Intelligenza Artificiale in grado di svolgere la funzione di giudice; il sistema ideato prevede che le parti carichino atti e documenti su una piattaforma, per poi lasciare ad un algoritmo la decisione sulla questione, fatta salva la possibilità di fare appello ad un giudice umano", in questi termini, Bassoli, *L'intelligenza artificiale applicata alla giustizia: i giudici-robot, in www.altalex.com* (7/06/2019).

[55] Sandulli, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici*, 2a ed., 2018, tenutosi a Roma il 19/10/2018, in *www.treccani.it*; sul valore del precedente in una prospettiva di circolarità della giurisprudenza come requisito di qualità v. Castelli-Piana, *Giustizia predittiva, La qualità della giustizia in due tempi*, cit., il quale sottolinea condivisibilmente come "È massimamente auspicabile che il giudice si avvalga del massimo grado di libertà possibile e di autonomia da ogni forma di indebita influenza per giudicare e dirimere una controversia […] E tuttavia saremmo molto poco favorevoli ad accettare l'dea che senza delle ragioni forti ed intellegibili dinnanzi a casi simili […] i giudizi divergano in modo evidente ed immotivato da un caso ad un altro".

[56] Così anche Mattera, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?,* in *NLCC*, 2019, p. 196 ss., spec. p. 200.

[57] Carleo (a cura di), *La calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, *passim*; Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, *passim*; v. anche Morera, *Il giudice e l'esigenza di un diritto dell'economia "calcolabile"*, in *Analisi giur. dell'economia,* 2018, p. 269 ss., in cui si insiste sull'uso degli algoritmi di I.A. anche per prevenire possibili errori giudiziari; ritiene che il diritto sia incalcolabile invece Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*, spec. p. 8 ss., l'illustre autore sostiene che il "funzionamento calcolabile delle norme è ormai in piena crisi" per "l'irruzione dei criteri di giudizio nella decisione", per "l'incontrollabile soggettivismo della decisione", soprattutto quando il giudice è chiamato a "pensare e decidere per valori". V. anche Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 917 ss.; cfr., anche per i riferimenti bibliografici, Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile,* Torino, 2018, *passim;* De la Oliva Santos, *"Giustizia predittiva", interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, cit., p. 894 s., esprime la sua netta contrarietà all'uso della giurisprudenza come fonte del diritto.

li a quelle sillogistiche molto articolate, devono essere di supporto, essi devono operare senza margini di ambiguità e incertezza, rimanendo sempre sotto il controllo dell'uomo durante tutto il procedimento. Inoltre il giudice deve potersi discostare dagli esiti del programma di *machine learning*, dando in tal caso una esaustiva motivazione. La motivazione sarà ovviamente invece più concisa se si uniforma al risultato del programma[58], ma va scongiurato, come già precisato, il rischio di una cristallizzazione delle decisioni. Va rilevato altresì che, quando sia richiesta una evoluzione giurisprudenziale, ad esempio per la tutela di nuovi diritti, o per rispondere ai mutamenti culturali e sociali emergenti, nessun meccanismo di Intelligenza Artificiale potrà apprezzarli, perché in tal caso serve la sensibilità e la coscienza del giudice uomo, mentre un giudice robot non sarebbe in grado di valutare le varie sfumature della società in divenire, per dare una risposta di giustizia condivisa dalla collettività, prima ancora che un determinato principio si traduca in una norma giuridica positivizzata e quindi in una evoluzione del diritto scritto[59].

3. Riflessioni conclusive

Nelle pagine che precedono si è cercato di mettere in luce come la giustizia civile predittiva porti con sé trasformazioni rilevanti, ma ambivalenti, ma che sicuramente essa consente sviluppi positivi per la qualità e l'efficienza della giustizia. è stato evidenziato in questo scritto che gli algoritmi predittivi, basati sull'apertura a tutti i cittadini delle decisioni delle autorità giudiziarie, graduale ma comunque massiccia (e si auspica anche gratuita in Italia, come in Francia, nel breve-medio termine), mirano ad accelerare la risoluzione delle controversie e ad aumentare l'efficienza e la certezza del diritto, migliorando la prevedibilità delle decisioni di giustizia. Infatti, con il loro uso, i giudici avranno una migliore conoscenza delle pratiche giurisdizionali dei loro colleghi e gli avvocati saranno in grado di determinare con maggiore precisione le probabilità di successo di un procedimento giudiziario, nonché di valutare le migliori strategie difensive. Inoltre algoritmi predittivi "aperti", nel senso precedentemente descritto, dovrebbero promuovere l'accesso al diritto e all'uguaglianza nei tribunali, nonché la stabilizzazione, l'armonizzazione e la coerenza della giurisprudenza[60], mentre l'uso di algoritmi per l'elaborazione dei casi più ripetitivi e più semplici, ad esempio quelli che richiedono solo la valutazione del danno, o l'applicazione di una scala o di una griglia predeterminata, incoraggerebbe la risoluzione di molte controversie a monte del ricorso al giudice, utilizzando modalità alternative di risoluzione delle stesse come la mediazione-conciliazione. Inoltre riducendo il tempo speso per la ricerca normativa e giurisprudenziale sulla base di problemi fattuali e legali comparabili, l'uso di algoritmi consentirebbe ai giudici di svolgere i compiti più dispendiosi in termini di tempo e poter così esaminare accuratamente questioni nuove o complesse. La giustizia predittiva "favorirebbe quindi la rifocalizzazione dei giudici sui casi per i quali la loro esperienza apporta un maggiore valore aggiunto"[61]. Occorre però, come segnalato, fare attenzione al fatto che i progressi tecnologici non dovrebbero oscurare i rischi per l'ufficio del giudice e l'accesso alla giustizia. Il rischio derivante dall'uso di un *software* predittivo è che il giudice, sotto l'effetto della sorveglianza risultante da un trattamento massiccio delle decisioni giudiziarie, perda la sua libertà di apprezzamento e indipendenza e preferisca conformarsi all'opinione dominante o maggioritaria dei suoi pari. Tuttavia, la caratteristica della giustizia è che ogni caso viene esaminato per quello che è, con la sua quota di originalità e complessità irriducibile e che non può essere sistematizzata dal s*oftware*. Infatti, anche in contenziosi di massa o altamente ripetitivi, l'esperienza personale e professionale e la capacità dei giudici restano essenziali, mentre gli algoritmi sono programmati per eseguire attività mirate, basate su

[58] V. De Gioia, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici*, 2a ed., 2018, tenutosi a Roma il 19/10/2018, in *www.treccani.it.*

[59] V. anche in questo senso Schirò, *Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto Enciclopedia Treccani di Presentazione del volume di Luigi Viola, Interpretazione della legge con modelli matematici*, cit.; predilige una "giustizia fluida" rispetto a una "giustizia logica" Dalfino, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo. Alcune considerazioni critiche a partire dallo studio di Jordi Nieva Fenoll su Intelligenza artificiale e processo,* in *www.questionegiustizia.it,* 03-07-2019; ritiene "calcolabile" anche la decisione per valori, laddove i "valori siano misurabili", Calcaterra, Machinae *autonome e decisione robotica,* in AA.VV., *La decisione robotica*, a cura di Carleo, cit., p. 57 ss., spec. p. 61; con riguardo alla componente valoriale il diritto resta invece, come già precisato, non computabile e "incalcolabile", secondo Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 8 ss.

[60] V. anche in questa prospettiva l'autorevole posizione espressa da Sauvé (Vicepresidente del *Conseil d'État* francese) il 12 febbraio 2018, *La justice prédictive* ,in *www.conseil-etat.fr* . L'articolo è scritto in collaborazione con S. Houllier, magistrato amministrativo.

[61] In questi termini, Sauvé, *La justice prédictive* ,cit.

un'ampia serie di dati[62], e non sono in grado di rispondere a domande aperte o di decidere su questioni giuridiche di propria iniziativa. Ciò che il giudice comprende della gerarchia delle norme e dei rapporti tra i sistemi giuridici nazionali ed europei, un algoritmo non pare in grado di coglierlo. Questa è la *ratio* per cui, come ho rilevato in questo scritto, il giudice deve rimanere padrone della questione sia per quanto attiene all'interpretazione del risultato dato dagli algoritmi, sia per quanto riguarda le conseguenze che devono essere tratte da essi[63]. D'altra parte, se la prevedibilità della legge è necessaria, non deve congelare la giurisprudenza, renderla solo retrospettiva, ma accompagnare le evoluzioni legislative, economiche e sociali, e giudicare anche secondo valori, quando necessario. I giudici devono rimanere liberi di deviare dagli orientamenti giurisprudenziali maggioritari, per quanto ripetuti e amplificati dai risultati prodotti dagli algoritmi, contro i quali qualsiasi decisione "atipica", anche se giustificata, potrebbe sembrare inaccettabile se non è motivata in modo particolareggiato e completo[64]. Inoltre mi pare imprescindibile che gli algoritmi e la giustizia predittiva vengano utilizzati nel rispetto dei principi fondamentali della giustizia e, in particolare, di quelli del giusto processo. I giudici devono poter continuare ad esercitare il loro libero convincimento e mantenere la loro indipendenza. Anche i principi che inquadrano il ruolo del giudice, in particolare i principi di indipendenza e imparzialità del giudice, potrebbero essere altrimenti sovvertiti, così come l'ufficio del giudice: l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo enuncia che il giudice deve essere indipendente e imparziale. L'indipendenza del giudice deve essere assicurata riguardo a pressioni esterne[65]. Questi deve dunque essere innanzitutto indipendente da ogni potere, e poi essere imparziale, vale a dire non essere *a priori* favorevole a una delle parti. È l'indipendenza del giudice che è più minacciata dalla giustizia predittiva, non riguardo al potere esecutivo e legislativo, ma al potere di fatto che alla tecnologia è associato e, in particolare, al potere delle imprese che concepiscono i *software* di giustizia predittivae li commercializzano - imprese che non perseguono l'interesse generale, ma interessi privati, puramente economici[66].

Inoltre, nell'ordinamento italiano il giudice decide la controversia conformemente alle regole del diritto che sono applicabili. Il compito del giudice civile - ma l'analisi può essere estesa in gran parte a qualunque giudice - è quello di esaminare la domanda in fatto e in diritto riguardo agli argomenti delle parti, individuare la regola di diritto che si applica a questi fatti e poi applicare questa regola ai fatti a fondamento della controversia. Compito del giudice è dunque quello di risolvere la controversia secondo il diritto applicabile[67]. Con la giustizia predittiva il giudice prende conoscenza, direttamente o attraverso le parti, delle statistiche elaborate a partire da soluzioni che sono quelle delle giurisdizioni che hanno già deciso controversie in casi simili, e conosce la soluzione più probabile secondo le decisioni precedenti. Potrebbe risultarne una trasformazione dell'ufficio del giudice legato alla "fattualizzazione" del diritto, alla modifica del suo ragionamento intellettuale e infine alla riduzione del suo intervento[68]**.** Lo sviluppo di algoritmi predittivi non deve comportare il sostituirsi dell'Intelligenza Artificiale al

[62] Villani, *Intervista* a *Le Figaro*, 19 gennaio 2018, *L'Europa può raccogliere la sfida dell'intelligenza artificiale.*

[63] Rouvière*, La giustizia predittiva, versione moderna della sfera di cristallo*, in *RTD Civ.*, 2017, p. 527.

[64] Buat-Menard e Gambiasi, *La memoria digitale delle decisioni giudiziarie. I dati aperti*delle *decisioni giudiziarie della magistratura*, in *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1483.

[65] Tavernier, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2017, n. 5, p. 29 note Burgorgue-Larsen, mentre l'imparzialità è una qualità del giudice legata al funzionamento interno delle giurisdizioni e alle qualità personali del giudice, su cui Guinchard *et alii*, *Droit processuel*, 9 éd., Dalloz, 2017, n. 340, p. 858.

[66] In questi termini, Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., p. 230 ss., il quale nota che le previsioni avranno molto probabilmente un impatto sul giudizio, un effetto "*performatif*", "performativo". Dal momento che l'algoritmo indicherà una soluzione prevedibile o probabile, il giudice ne sarà certamente influenzato. Lo sarà tanto più quanto più la probabilità indicata sarà alta. Per sicurezza, conformismo e volontà di essere valutato bene, avrà la tendenza a conformarsi a questa previsione. Vi è il rischio che decida una controversia non in funzione di quel caso particolare o della fattispecie che gli è sottoposta, ma in funzione delle statistiche. Per evitare questi "attacchi" ai principi di indipendenza e imparzialità, i poteri pubblici devono inquadrare le funzioni della giustizia predittiva, limitandola a un ruolo di aiuto all'informazione e rifiutando di tenerne conto per la gestione dell'istituzione giudiziaria e della carriera dei magistrati.

[67] V. per tutti, Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., p. 233; Chainais, Hess, Saletti e J.-F. Van Drooghenbroeck (dir.), *L'office du juge. Ėtude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2017, *passim*.

[68] V., ancora, Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., p. 233.La fattualizzazione del diritto risulta prima di tutto dal mo-

giudice uomo. Quest'ultimo non può, e a parere di chi scrive non deve, essere sostituito neanche a lungo termine, e l'analisi statistica e algoritmica non può essere utilizzata come pretesto per un comportamento mimetico non pensante[69]. L'Intelligenza Artificiale e l'intelligenza umana devono combinarsi e rafforzarsi a vicenda, poiché la prima non può pretendere di sostituire l'altra[70]. Il sostegno dell'intelligenza umana è tanto più essenziale in quanto l'attuale tasso di sicurezza degli algoritmi predittivi non sembra, al momento, superiore al 70%, un valore che non è così elevato da giustificare certezze[71]. Inoltre, l'uso di algoritmi deve essere basato sui principi di neutralità e di trasparenza. La neutralità degli algoritmi non può essere presunta. I risultati proposti dal software predittivo non si limitano a fornire informazioni disincantate, ma agiscono come un segnale: quello di una tendenza o interpretazione di maggioranza, che poi ha la vocazione di influenzare il processo decisionale dei giudici. Dobbiamo quindi riflettere sul fatto che l'utilizzo di algoritmi è probabilmente performativo ovvero auto-avverante, o addirittura dirompente. Di conseguenza, a maggior ragione, la metodologia utilizzata nell'elaborazione dei dati disponibili in dati aperti deve essere esplicita e trasparente[72], in modo che il giudice e le parti possano confrontare e discutere del contenuto e dei risultati degli algoritmi e non limitarsi a subirne passivamente i risultati. La tracciabilità e la regolamentazione degli algoritmi devono essere, per quanto possibile, assicurati o almeno seriamente ricercati[73]. Si veda in proposito la sentenza Cons. Stato, 8 aprile 2019, sezione VI, n. 2270, sul problema della necessità di garantire il controllo umano in tutte le fasi di sviluppo dell'algoritmo ed *ex post*, e quindi la trasparenza nell'uso degli algoritmi: l'algoritmo, se non formulato in modo comprensibile, spesso agisce come una *black box* per pervenire a un determinato esito e quindi occorre conoscerne e verificarne il contenuto e gli effetti; deve perciò essere semplice per essere compreso e controllabile anche dai giuristi, e non solo da esperti informatici, avvalendosi di un approccio interdisciplinare, integrato e sistemico all'Intelligenza Artificiale[74]. Non deve essere segreto, altrimenti può contenere errori volontari o involontari e vulnerare diritti o creare discriminazioni e disparità di trattamento di casi uguali, a cui consegue un esito diverso[75]. Come evidenzia la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019[76] su «Una politica industriale europea globale in materia di robotica e di intelligenza artificiale», l'alfabetizzazione digitale può «favorire una partecipazione ampia e inclusiva alle soluzioni di economia dei dati e agevolare la comunicazione e la collaborazione con tutte le parti interessate»[77]. Occorre quindi cogliere le opportunità offerte dall'Intelligenza Artificiale nel sistema giustizia, pur sapendo essere molto vigili sull'inviolabilità dei principi di una giustizia, che, direi, deve restare antropocentrica, indipendente, impar-

do in cui sono trattati i dati dai programmi di giustizia predittiva. Tutti gli elementi sono messi sullo stesso piano e trasformati in dati informatici, che si tratti di dati giuridici o di dati fattuali di ogni fattispecie. Questa codificazione iniziale permette di trattarli e di fare dei raffronti per trarne delle statistiche. Il fatto e il diritto sono ridotti al rango di informazioni e il diritto diviene un fatto come un altro, Croze, "*La factualisation du droit*", *JCP* 2017, 101; v. anche Jeuland, «*Justice prédictive: de la factualisation au droit potentiel*", *RPPI* 2017, Dossier 9. Vi è in questo una potenziale e importante modifica dell'ufficio del giudice: allorché il giudice ha normalmente per missione di ricercare il diritto applicabile (secondo l'art. 12 del c.p.c. francese, come nota Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, cit., p. 233), mentre le parti hanno per ruolo di portare i fatti (secondo l'art. 6 del medesimo c.p.c. francese),la giustizia predittiva sconvolge questo schema poiché i fatti e il diritto non esistono più in quanto categorie distinte**.**

[69] Garapon, *Le sfide della giustizia predittiva*, in *JCP G.*, 9 gennaio 2017, nota 4, p. 31.

[70] Così giustamente osserva Villani, *L'Europa può raccogliere la sfida dell'intelligenza artificiale,* cit.

[71] *Rapport Institut Montaigne, Justice: faites entrer le numérique,* in *http://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/justice-faites-entrer-le-numerique-rapport.pdf*,novembre 2017.

[72] Così anche Sauvé*La justice prédictive,*cit.

[73] V. ancora Sauvé, *La justice prédictive,*cit., in cui l'a. ben sottolinea che occorre garantire pure la neutralità e la completezza delle fonti giurisprudenziali utilizzate nel contesto dell'uso di algoritmi. Infatti, ci sono asimmetrie problematiche tra le parti che il giudice non è sempre in grado di correggere. L'a. rileva altresì, condivisibilmente, che, affinché i giudici e gli avvocati possano continuare a farsi strada attraverso informazioni esaustive e interattive, è necessario mantenere una certa gerarchia di giurisprudenza, che non deve cancellata dall'uso degli algoritmi di I.A.

[74] V. anche Garapon-Lassègue, *Justice digitale*, cit., *passim.*

[75] V. Dalfino, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo. Alcune considerazioni critiche a partire dallo studio di Jordi Nieva Fenoll su Intelligenza artificiale e processo,* cit.

[76] V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019, in *www.agendadigitale.eu*del 23-05-2019.

[77] Sempre sulla esigenza di trasparenza, v. anche Mouriesse, *Quelle transparence pour les algorithmes de justice prédictive?*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2018, tome 60, p. 125 ss. V anche sul tema Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1787 ss., spec. p. 1814.

ziale, trasparente ed equilibrata, che deve evitare qualsiasi automatismo e tatticismo e che non deve dipendere da modelli economici o piani aziendali privati, rispettabili ma né disinteressati, né neutrali. Come procedere in questa direzione? Un paradigma ci viene dato dalla sopra citata Risoluzione del Parlamento europeo, che prospetta una visione umano-centrica dell'Intelligenza Artificiale e sottolinea che lo sviluppo della robotica e dell'Intelligenza Artificiale dovrebbero mirare ad integrare le capacità umane e non a sostituirle.

Quanto agli scenari futuri, va segnalato l'approccio dell'Unione Europea all'Intelligenza Artificiale e il suo recente tentativo di garantirne uno sviluppo antropocentrico etico e trasparente anche attraverso l'adozione da parte della Commissione europea delle "*Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*" (Piano coordinato sulla Intelligenza artificiale, c.d. Linee guida/Orientamenti etici U.E. in materia di Intelligenza Artificiale) del 7 dicembre 2018[78]. La Commissione europea sta adottando un approccio articolato in tre fasi: definizione dei requisiti fondamentali per un'Intelligenza Artificiale affidabile, avvio di una fase pilota su larga scala per raccogliere le osservazioni delle parti interessate (fase attuale), e successivo impegno volto al raggiungimento di un consenso internazionale per un'Intelligenza Artificiale antropocentrica, perché le tecnologie, i dati e gli algoritmi non conoscono frontiere. Per questo la Commissione europea rafforzerà la cooperazione con i partner che condividono gli stessi principi, come il Giappone, il Canada e Singapore. Inoltre per garantire lo sviluppo etico dell'Intelligenza Artificiale, la Commissione, entro l'autunno del 2019, attiverà reti di centri di eccellenza per la ricerca sull'Intelligenza Artificiale applicata, inizierà la creazione di reti di poli dell'innovazione digitale e, insieme agli Stati membri e alle parti interessate, avvierà discussioni per sviluppare e attuare un modello per la condivisione dei dati e per usare nel migliore dei modi gli spazi di dati comuni. In seguito, all'inizio del 2020, dopo la fase pilota e alla luce delle osservazioni ricevute, il gruppo di esperti sull'Intelligenza Artificiale riesaminerà le liste di controllo relative ai requisiti fondamentali. Sulla base di questo riesame, la Commissione valuterà i risultati ottenuti e proporrà eventuali tappe successive [79]. La finalità dei sopra citati Orientamenti etici dell'UE per lo sviluppo di un'intelligenza artificiale antropocentrica (c.d. Linee guida) è quella di dare le direttive indispensabili per sviluppare una Intelligenza Artificiale "affidabile" ("*trustworthy*"), in conformità alla legge, e specialmente ai Trattati dell'U.E., alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e al diritto internazionale dei diritti umani, nel rispetto dei principi etici.

[78] Il documento Comunicazione della Commissione U.E. al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 07/12/2018 COM(2018) 795 finale, si può scaricare all'indirizzo *http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15641-2018-INIT/it/pdf*.

[79] Comunicato stampa dell'Unione europea: *Orientamenti etici sull'intelligenza artificiale: proseguono i lavori della Commissione*, Bruxelles, 8 aprile 2019. Sul punto v. anche, sull'*iter* che ha portato all'emanazione delle Linee guida U.E., Beltrame, *Intelligenza Artificiale e sviluppo etico: le linee guida dell'Unione Europea per una AI antropocentrica e affidabile*, in *www.cyberlaws.it* (24/05/2019), ove l'a. rileva che l' «Unione Europea, considerando l'Intelligenza Artificiale uno strumento estremamente utile, ma al tempo stesso insidioso per gli interrogativi giuridici ed etici che solleva, ha ritenuto essenziale integrare i valori su cui è basata e il suo solido quadro normativo nello sviluppo dell'I.A. In seguito alla nomina nel giugno 2018 di un gruppo di esperti indipendenti di alto livello, lo scorso dicembre è stata raggiunta una bozza preliminare delle linee guida che andranno a comporre il Codice Etico dell'Unione Europea sull'Intelligenza Artificiale. Queste ultime sono sottoposte da giugno 2019 ad una fase pilota, tesa a garantire la loro applicabilità pratica (Commissione Europea, Orientamenti etici sull'intelligenza artificiale: proseguono i lavori della Commissione, comunicato stampa, 8 aprile 2019, in *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1893_it.htm*) e a raccogliere le osservazioni delle parti interessate, ossia di autorità pubbliche, istituti di ricerca e industria. Infine, a partire dall'inizio del 2020, il Gruppo di Alto Livello di Esperti avrà il compito di revisionare e aggiornare le linee guida, sulla base dei riscontri e delle osservazioni ottenuti durante la fase pilota". V. anche in argomento tremolada, *L'Europa pubblica un codice etico sull'intelligenza artificiale. Ecco cosa dice*, in *www.ilsole24ore.com* (19/12/2018); nicotra, *Intelligenza Artificiale, cos'è, come funziona e le applicazioni in Italia ed Europa,* in*www.agendadigitale.eu* (23/05/2018). I principi espressi dalla Carta etica sopra citata sono stati richiamati anche dalla presidenza francese del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, alla recente conferenza "Digital challenges to justice in Europe", tenutasi il 15 ottobre 2019, organizzata su iniziativa della presidenza francese stessa (v. il documento *Statement by the French Presidency of the Committee of Ministers of the Council of Europe at the Conference of Ministers of Justice on "Digital Challenges for Justice in Europe"*, in *https://rm.coe.int/final-declaration-of-the-french-presidency-conference-of-mj-coe-15-oct*). Alla conferenza sopra citata ha partecipato anche il Ministro della giustizia italiano Bonafede, il quale ha segnalato alcuni progetti di cui il suo Ministero, in collaborazione con quello per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, sta ipotizzando l'attivazione e che concernono "il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale per la decisione in prima istanza di procedimenti di natura elementare, quale per esempio le impugnazioni contro sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada, lasciando comunque alla parte ricorrente il diritto di richiedere una revisione della decisione da parte del giudice", nonché "il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale dotati di funzionalità predittive da porre a disposizione degli utenti del sistema giustizia per la previsione dell'esito, probabile esito, di giudizi di struttura elementare in modo da disincentivare, ove possibile, il ricorso alla giustizia da parte dei soggetti più probabilmente soccombenti e incentivare così il ricorso a soluzioni stragiudiziali di componimento delle liti".

In particolare, le Linee guida delineano sette principi fondamentali che i sistemi di Intelligenza Artificiale dovrebbero osservare:

1. Azione e sorveglianza umane: i sistemi di Intelligenza Artificiale dovrebbero incentivare lo sviluppo di società eque sostenendo l'azione umana e i diritti fondamentali, e non dovrebbero ridurre, limitare o sviare l'autonomia dell'uomo[80].

2. Robustezza e sicurezza**:** è necessario che gli algoritmi, alla base di una Intelligenza Artificiale affidabile,siano sicuri, nonché abbastanza robusti per fronteggiare possibili errori o incongruenze durante tutte le fasi del ciclo di vita dei sistemi di Intelligenza Artificiale. Occorre in altre parole identificare i difetti di sicurezza e i rischi del *tool* e del sistema informativo, intrinseci (ad es. la riservatezza e l'accesso ai dati) ed estrinseci (ad es. la *cybersecurity* del sistema)[81].

3. Riservatezza e *governance* dei dati:i cittadini dovrebbero avere il pieno controllo dei propri dati personali e, nel contempo, i dati che li riguardano non devono essere utilizzati per danneggiarli o discriminarli[82]. Anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 insiste sulla necessità di "applicare le procedure per garantire il consenso valido, la riservatezza, l'anonimato il trattamento equo e il giusto processo". Attualmente in Francia, nell'articolo 33 della legge n. 2019/222, che concerne la supervisione e armonizzazione delle regole di divulgazione delle decisioni giudiziarie, viene previsto il divieto di profilazione dei giudici[83]. Il divieto opera sia per la giustizia ordinaria sia per quella amministrativa. Inoltre, al fine di conciliare la pubblicità delle decisioni giudiziarie e il diritto al rispetto della vita privata, è previsto che "Fatte salve le disposizioni speciali che regolano l'accesso e la pubblicità delle decisioni giudiziarie, le sentenze dei tribunali sono messe a disposizione del pubblico gratuitamente in formato elettronico. I cognomi e i nomi delle persone fisiche menzionati nella decisione, quando sono parti o terzi, sono oscurati prima della messa a disposizione del pubblico. Quando la sua divulgazione potrebbe minare la sicurezza o il rispetto della privacy di queste persone o del loro *entourage*, viene anche nascosto qualsiasi elemento che consenta di identificare le parti, i terzi, i magistrati e i cancellieri. I dati identificativi dei magistrati e dei cancellieri non possono essere riutilizzati con lo scopo o l'effetto di valutare, analizzare, confrontare o prevedere le loro pratiche professionali effettive o presunte".

4. Trasparenza: dovrebbe essere garantita la tracciabilità dei sistemi di Intelligenza Artificiale lungo l'intero ciclo di sviluppo.

5. Diversità, non discriminazione ed equità: i sistemi di Intelligenza Artificiale dovrebbero tener conto dell'intera gamma delle capacità, delle competenze e dei bisogni umani ed essere accessibili.

6. Benessere sociale e ambientale: i sistemi di Intelligen-

[80] Sulla stessa linea di tendenza si pone anche il primo *Libro Bianco su "L'intelligenza artificiale a servizio del cittadino"*, presentato il 21 marzo 2018, pubblicato dall'*Agenzia per l'Italia Digitale* (AGID). Si tratta di una guida che illustra le linee guida e le raccomandazioni per l'utilizzo sostenibile e responsabile in Italia dell' Intelligenza Artificiale nella Pubblica Amministrazione. Tale libro bianco intende sottolineare come, tramite le tecnologie I.A., si possano garantire un miglioramento della qualità della vita, una maggiore accessibilità ai servizi pubblici e un abbattimento dei costi. Per perseguire questo fine, bisogna però adattare l'I.A. all'uomo e non viceversa.

[81] Sul punto v. il *Regolamento UE n. 881/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio*, del 17 aprile 2019, *sui compiti e funzioni dell'ENISA*, pubblicato il 7 giugno 2019 in Gazzetta Ufficiale e in vigore dal 27 giugno 2019, che abroga il *Regolamento UE n. 526/2013*"*Regolamento sulla cibersicurezza*". Il suddetto Regolamento UE n. 881/2019, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri, disciplina i compiti e le funzioni dell'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e le relative certificazioni per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Sottolinea altresì l'importanza della cibersicurezza nell'Unione Europea per "garantire che i dati non siano deliberatamente alterati o usati impropriamente al fine di consentire un funzionamento dell'I.A. dannoso per i cittadini" anche la sopra citata Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019.

[82] Lo stesso concetto del diritto a non essere sottoposti a trattamenti automatizzati, come quelli di I.A., senza controllo umano, in Italia è espresso nell'art. 22 GDPR, che esclude che un qualche atto, provvedimento giudiziario e amministrativo implicante una valutazione del comportamento umano, possa essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato se non in caso esso sia necessario per la conclusione o esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento, sia autorizzato da una legge europea o dello Stato membro, o si basi sul consenso esplicito dell'interessato; deroghe sono legittime anche in caso di necessità di salvaguardare una serie di interessi pubblici indicati analiticamente (come in tema di sicurezza pubblica e prevenzione e repressione dei reati).

[83] *Loi n. 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice 24 mars 2019*, in *Journal officiel de la République française* (24-03-2019).La legge n. 2019-222 (di programmazione 2018-2022 e di riforma della giustizia) prevede sanzioni penali ingenti per le società o chiunque, partendo dalle decisioni e sentenze, raccolga, analizzi e riutilizzi "i dati di identità dei magistrati con lo scopo o l'effetto di valutare, analizzare, confrontare o prevedere le loro effettive o presunte pratiche professionali". Sul tema v. anche Morelli, *Giustizia predittiva: la Francia dice no alla profilazione dei giudici,* in *www.altalex.com*(17/06/2019).

za Artificiale dovrebbero essere utilizzati per promuovere i cambiamenti sociali positivi ed incrementare la sostenibilità e la responsabilità ecologica.
7. "*Accountability*": dovrebbero essere stabiliti meccanismi che garantiscano la responsabilità e l'*accountability* dei sistemi di Intelligenza Artificiale e dei loro risultati, nonché adeguati meccanismi di ricorso e risarcimento, in modo che i cittadini possano fidarsi delle tecnologie di Intelligenza Artificiale.
Con specifico riferimento all'ambito della giustizia, di recente (il 3-4 dicembre 2018), è stata adottata la "*Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*" emanata dalla Comm*issione Europea per l'Efficienza della Giustizia* (*Commission europeenne pour l'efficacité de lajustice* - CEPEJ) del Consiglio d'Europa[84]. Tale Commissione, nella sopra citata "Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia e in ambienti connessi", ha enunciato i seguenti importanti principi:

1. Principio del rispetto dei diritti fondamentali: assicurare una progettazione e un'implementazione di nuovi strumentie servizi di Intelligenza Artificiale che siano compatibili con i diritti fondamentali[85].
2. Principio di non discriminazione: prevedere in particolare la creazione o il rafforzamento di qualsiasi forma di discriminazione tra individui o gruppi di individui.
3. Principio di qualità e sicurezza: per quanto concerne il trattamento delle decisioni giurisdizionali e dei dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati immateriali con modelli progettati in modo multidisciplinare, in un ambiente tecnologico sicuro.
4. Principio di trasparenza, neutralità e integrità intellettuale: rendere le metodologie di elaborazione dei dati accessibili e comprensibili, autorizzando audit esterni di autorità o esperti indipendenti.
5. Principio di padronanza da parte dell'utente: impedire un approccio deterministico e consentire all'utente degli strumenti informatici di essere un soggetto informato e padrone delle sue scelte.

In questo scenario di riferimento, soprattutto il giudice dovrebbe poter controllare in qualsiasi momento le decisioni giudiziarie e i dati che sono stati usati per perseguire un risultato, nonché continuare ad avere la possibilità di discostarsi dalle soluzioni proposte dagli algoritmi di Intelligenza Artificiale, tenendo conto delle peculiarità dei casi a lui sottoposti. Ogni utente dovrebbe essere altresì informato, in un linguaggio chiaro e comprensibile, delle soluzioni proposte dagli strumenti di Intelligenza Artificiale, delle diverse opzioni disponibili e del suo diritto all'assistenza di un avvocato e al ricorso a un tribunale. La Carta etica della CEPEJ individua dei principi che costituiscono un'importante base di confronto per valutare le caratteristiche delle differenti applicazioni di Intelligenza Artificiale, tuttora in fase di sperimentazione nel sistema giudiziario, e auspica che questi principi divengano un punto di riferimento concreto per gli operatori e i professionisti del diritto, le imprese private (*start-up* attive sul mercato delle nuove tecnologie applicate ai servizi legali, le *legaltech)*, le autorità pubbliche che si trovano ad affrontare la sfida di integrare le nuove tecnologie basate sull'Intelligenza Artificiale nelle politiche pubbliche o nella loro attività quotidiana. La CEPEJ rileva fin dall'inizio che l'uso di strumenti e servizi di I.A. nei sistemi giudiziari è volto a migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia e merita di essere incoraggiato. Tuttavia, ciò deve avvenire in modo responsabile, nel rispetto dei diritti fondamentali[86]. Occorre infatti sempre porre attenzione all'impatto che l'utilizzo di algoritmi, in particolare di *machine learning*, possono avere sui diritti fondamentali delle persone. La normativa vigente, nel fare riferimento al diritto di ogni persona che la sua causa sia esaminata da parte di un "tribunale indipendente ed imparziale" (art. 6, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e nel prevedere che ogni processo debba svolgersi davanti ad un "giudice terzo e imparziale" (art. 111, secondo comma, Cost.), esclude che si possa prospettare una giustizia, e soprattutto una decisione, esclusivamente robotica. Peraltro, la Carta etica europea del 2018 - come precedentemente ricordato - ammette l'uso dell'Intelligenza Artificiale nei sistemi di giustizia, ma solo sotto il control-

[84] Carta etica europea di utilizzo dell'Intelligenza Artificiale nei sistemi giudiziari ed ambienti connessi", adottata Strasburgo il 3-4 dicembre 2018 dalla Commissione europea, del Consiglio d'Europa, per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), si può leggere in *www.coe.int*.
[85] Per una disamina approfondita riguardo all' Intelligenza Artificiale e al suo impatto sui diritti umani, quali il diritto ad essere giudicati da un giudice terzo indipendente ed imparziale, il diritto di difesa, il diritto alla riservatezza, ecc., si rinvia a Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, cit. p. 117 ss.
[86] V. sul punto anche Barbaro(Head of CEPEJ Cooperation Unit), *CEPEJ, adottata la prima Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (AI) nei sistemi giudiziari*, in *www.questionegiustizia.it* (7 dicembre 2018).

lo umano. Occorre, in conclusione, cogliere le opportunità e il valore aggiunto offerti dall' Intelligenza Artificiale anche nell'ambito giudiziario, ma nella consapevolezza dei rischi e facendo in modo che la società effettui delle scelte che privilegino i valori umani, secondo una visione antropocentrica dell' Intelligenza Artificiale, attraverso un "utilizzo inclusivo ed etico dell'Intelligenza Artificiale", con "chiare norme anche in merito a responsabilità ed equità", come ben evidenzia la sopra citata *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019*. Ne va della libertà! I principi fondamentali del processo sono dei bastioni contro taluni pericoli della giustizia predittiva, che deve essere un'opportunità, un ausilio per il giudice, non un suo sostituto. Conviene allora reinterpretare il kantiano *sapere aude* nell'uso dell'Intelligenza Artificialeedessere vigili nel pilotare con efficacia la trasformazione della giustizia, dando delle regole nel senso sopra descritto alla giustizia predittiva e, più in generale, nell'applicazione degli algoritmi in un settore delicato, come quello della giustizia. Certamente la giustizia digitale comporta la necessità di governare le tecnologie, ponendole al servizio dell'uomo e non viceversa, per trattare quantità di dati inimmaginabili senza l'utilizzo delle stesse, e per far entrare nelle aule giudiziarie un livello inedito di conoscenza. Nessuna "giustizia rimpiazzata", quindi, ma una "giustizia aumentata", che determina una giustizia "ripensata", fermo restando che l'atto del giudicare deve restare una inderogabile prerogativa umana, in quanto è una funzione molto più complicata della mera applicazione della norma[87].

[87] Garapon, *Presentazione* dell'autore al Convegno *«La giustizia ai tempi dell'algoritmo»* dell'Opera diLassègue-Garapon, *Justice digitale,* cit., tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 20/11/2018, in cui l'a. cita efficacemente il pensiero dello studioso americano Daniel Katz, secondo cui "Gli uomini con le macchine sono sempre più forti degli uomini senza macchine e delle macchine senza uomini".

DANNO ANTITRUST ED ESIBIZIONE DELLE PROVE

L'esibizione delle prove nelle azioni di risarcimento del danno antitrust alla luce dei nuovi indirizzi della Commissione europea

di Enrico Spagnolello

del 16 dicembre 2019

La Commissione europea ha posto in consultazione pubblica il testo della *"Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate per l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE da parte dei Giudici nazionali"* («Comunicazione»), documento che si lega al percorso di potenziamento delle azioni risarcitorie in materia antitrust, intrapreso con la Direttiva 2014/104/UE («Direttiva») recante la disciplina sul risarcimento del danno derivante dalla violazione degli articoli 101 (intese e pratiche concordate restrittive della concorrenza) e 102 (abuso di posizione dominante) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE»).
Ratio della Direttiva, recepita nel nostro ordinamento con il Decreto legislativo del 19 gennaio 2017, n. 3, è quella di garantire un'efficace applicazione, a livello privatistico, delle norme che regolano il diritto della concorrenza, affidando anche ai privati la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla legislazione antitrust e fornendogli specifiche regole processuali e sostanziali da far valere dinanzi al Giudice nazionale.
L'impostazione voluta dal legislatore europeo e nazionale mira a incentivare la tendenza a promuovere dinanzi al Giudice civile le azioni risarcitorie che, nell'ambito del diritto antitrust, si differenziano in *follow-on action* o *stand alone action*. Il primo caso si ha quando l'iniziativa dell'attore segue l'accertamento di un illecito da parte di un'Autorità antitrust, che varrà quale "prova privilegiata" con riferimento almeno all'esistenza della violazione della normativa, rimanendo in capo all'attore l'onere di provare i residui elementi costitutivi della propria domanda. Nel caso delle azioni risarcitorie promosse in assenza di accertamento da parte di un'Autorità antitrust, sulle cui conclusioni non è possibile pertanto fare affidamento, l'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ. impone all'attore di provare tutti gli elementi costitutivi della propria domanda e il Giudice adito sarà chiamato a valutare e, se del caso, accertare l'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza prima di valutare se l'attore abbia subito un danno, quantificarlo e ordinare il risarcimento.
In entrambe le ipotesi, l'accesso alle prove costituisce un elemento essenziale per poter garantire un'efficace tutela giurisdizionale dei soggetti che si ritengono danneggiati dalla violazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e/o 2 e 3 della Legge del 10 ottobre 1990, n. 287 recante *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*.
Per tale ragione, la normativa europea e nazionale sopra citata riserva ampio spazio a specifiche disposizioni concernenti l'esibizione delle prove. In particolare, queste attengono, sia alla divulgazione delle prove ordinata dal Giudice nei confronti delle parti e dei terzi (cfr. artt. 5 della Direttiva e 5 del Decreto), sia all'accesso agli atti del fascicolo istruttorio dell'Autorità antitrust. Vi è, infatti, l'esigenza di rimediare alla quella condizione di asimmetria informativa che, solitamente, caratterizza la posizione degli attori, garantendo loro il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario specificarne i singoli elementi (cfr. considerando 21 della Direttiva).
Spesso, infatti, solo una della parti è in possesso delle prove utili a fornire evidenza del danno subito. In altri casi, ancora, le prove necessarie possono rinvenirsi in documenti acquisiti dall'Autorità antitrust procedente durante l'istruttoria o possono essere nella disponibilità del solo convenuto o di una società da esso controllata.
Il Giudice nazionale, dunque, una volta verificata la plau-

sibilità della domanda, sarà chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di divulgazione delle prove richieste. Per tale attività, il Legislatore europeo ha posto l'attenzione, anzitutto, sulla proporzionalità della divulgazione delle prove, evidenziando che ai fini di tale requisito il Giudice nazionale deve valutare la portata e i costi della *disclosure*, al fine di scongiurare il rischio che la ricerca generica di informazioni si traduca in una dispendiosa e infruttuosa ricerca della documentazione richiesta. In altri termini, occorre prevenire eventuali tentativi di acquisizione generalizzata di informazioni e di ricerca in base a criteri eccessivamente ampi che probabilmente non rivestono interesse per le parti del giudizio.

Il giudizio sulla proporzionalità della richiesta, tuttavia, non esaurisce l'analisi cui è chiamato il Giudice nazionale a fronte della richiesta di divulgazione delle prove. In tale fase istruttoria, emerge infatti la necessità di operare un doveroso bilanciamento di interessi volto a tutelare i requisiti di riservatezza o di segretezza che potrebbero essere compromessi dall'accesso a determinate informazioni e a determinati documenti, senza tuttavia impedire l'effettivo accesso alla giustizia delle parti.

A tale fine, la Commissione europea ha elaborato una Comunicazione funzionale a guidare i Giudici nazionali nel trattare le richieste di divulgazione di informazioni riservate nell'ambito delle azioni di *private enforcement*. Al pari degli altri strumenti di *soft law*, la Comunicazione della Commissione non è vincolante per i Giudici nazionali e deve essere applicata compatibilmente alle norme procedurali vigenti in ciascuno Stato membro.

Nella Comunicazione la Commissione, anche in base alla giurisprudenza e alla prassi in materia di procedimenti amministrativi e giudiziari, elabora talune misure che, compatibilmente con le normative processuali nazionali, possono essere utilizzate dai Giudici nel bilanciamento tra l'interesse a un accesso effettivo agli strumenti risarcitori forniti dall'ordinamento e la tutela delle informazioni riservate e commercialmente sensibili che possono trovarsi all'interno dei documenti oggetto dell'istanza di divulgazione.

Una prima misura individuata dalla Commissione è quella della c.d. cerchia di riservatezza o *confidentially club*, in base alla quale specifiche categorie di informazioni riservate sono rese disponibili dalla parte tenuta alla disclosure che consente la divulgazione esclusivamente a determinate categorie di individui. Tale misura può essere utilizzata per garantire la divulgazione di dati e/o informazioni commerciali che, pur essedo essenziali per la parte attrice, perderebbero il loro valore probatorio se ostese in forma aggregata o se parzialmente secretate. Limitando la divulgazione al c.d. *confidentially club* le informazioni riservate, da un lato vengono divulgate, ma, dall'altro, il potenziale pregiudizio alla riservatezza dell'impresa controinteressata è ridotto al minimo.

La misura in questione, inoltre, sembra in grado di assicurare una maggiore efficienza e speditezza della *discolsure*, in particolare, quando il numero dei documenti richiesti è ingente e le parti sono in grado di concordare un elenco ristretto di documenti considerati rilevanti ai fini della domanda attorea. In tali ipotesi, infatti, le parti tenute alla divulgazione potrebbero evitare di opporre esigenze di riservatezza e/o rappresentare versioni non riservate dei documenti (se non in misura molto limitata) poiché la documentazione richiesta circolerà solamente all'interno di una ristretta cerchia di individui. Così, attuando tale accorgimento, il Tribunale di primo grado, al fine di conciliare, da un lato, l'esigenza a una effettivo ricorso ai rimedi risarcitori e, dall'altro, l'interesse alla riservatezza della documentazione richiesta, ha limitato la consultazione delle informazioni fornite dalla Commissione ai soli avvocati della ricorrente e l'ha subordinata all'assunzione di un impegno di riservatezza da parte loro (cfr. Ordinanza del presidente del Tribunale del 29 luglio 2011, *Cementos Portland Valderrivas, SA contro Commissione europea*, causa T-296/11).

Secondo quanto rilevato dalla Commissione, una volta ritenuto di ricorrere alla c.d. cerchia di riservatezza, il Giudice nazionale dovrà, in primo luogo, individuare gli elementi di prova specifici o le categorie di informazioni da includere nel *confidetially club*. Nelle azioni di *private enforcement*, ad esempio, nella cerchia di riservatezza possono confluire la versione riservata della decisione dell'Autorità antitrust, le informazioni presentate dalla parte tenuta alla divulgazione durante il procedimento antitrust o, ancora, le informazioni da quest'ultima ottenute durante le fasi di accesso agli atti del fascicolo istruttorio.

In secondo luogo, il Giudice nazionale dovrà individuare i soggetti che avranno accesso al *confidetially club* a seconda del grado di riservatezza che Tribunale vorrà assicurare (e.g. legali esterni e/o interni, rappresentanti delle imprese interessate, consulenti tecnici esterni), con facoltà di individuare il personale giudiziario che deve essere presente durante l'accesso alle informazioni. Così, in linea generale, nel caso in cui il Giudice nazionale intenda offrire un elevato grado di riservatezza alla documentazione oggetto di divulgazione, l'accesso alle informazioni potrà essere limitato soltanto ai legali esterni dell'impresa parte attrice. Il legale interno o altri rappresentati interni della

società attrice, infatti, potrebbero essere coinvolti direttamente o indirettamente nelle decisioni strategiche dell'impresa e sarebbe vivo il rischio che le informazioni acquisite vengano utilizzate dalla parte attrice nelle decisioni aziendali. Si pensi al caso in cui le parti del giudizio si trovano in un rapporto di concorrenza, attuale o potenziale, e l'accesso a informazioni commercialmente sensibili possono fornire un indebito vantaggio competitivo.

Una volta individuate le informazioni da divulgare e i soggetti legittimati a prendere visione dei documenti, il Giudice, su richiesta motivata della parte tenuta alla disclosure, potrà imporre talune restrizioni in relazione all'accesso di determinati membri della cerchia a specifici documenti e/o informazioni.

Il Giudice nazionale, ancora, può chiedere ai componenti della cerchia di riservatezza di presentare impegni scritti in merito al trattamento riservato di qualsiasi informazione divulgata nell'ambito della cerchia di riservatezza. Gli impegni possono riguardare, inter alia, il dovere di non divulgare l'informazione riservata a persone diverse da quelle aventi diritto di accedere al *confidetially club*, l'obbligo di utilizzare le informazioni riservate esclusivamente ai fini del giudizio, nonché l'obbligo di restituire o distruggere eventuali copie di documenti contenenti informazioni riservate. Nel caso in cui alla cerchia di riservatezza partecipino anche soggetti interni all'impresa attrice, il Giudice nazionale può imporre loro impegni anche molto onerosi, quali, tra gli altri, l'obbligo di non operare più nell'area di attività interessata dalla domanda di risarcimento del danno antitrust.

Una seconda misura prospettata dalla Commissione è quella della espunzione, ossia la possibilità di disporre la divulgazione della documentazione richiesta eliminando le informazioni che potrebbero ledere la sfera di riservatezza della controparte o sostituendole con dati anonimo o cifre aggregate. Tale misura, già adottata nel nostro ordinamento, non solo nell'ambito delle diverse giurisdizioni, ma anche dinanzi le Autorità indipendenti, può essere una efficace misure per contemperare i contrapposti interessi in gioco quando, nonostante l'omissione dei dati riservati, i documenti e le informazioni divulgate restano comunque significativi e adeguati per l'esercizio dei diritti della parte che richiede la divulgazione.

L'omissione o espunzione di talune informazioni può essere accordata dal Giudice anche quando il titolare delle informazioni tenuto alla divulgazione sia in possesso di informazioni di terzi la cui riservatezza potrebbe essere compromessa mediante un'ostensione totale dei dati a essi riferibili. Come rilevato dalla Commissione nel parere del 29 ottobre 2015, C(2015) 7682, *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others*, il fatto che il titolare delle informazioni accordi l'accesso a taluni documenti non significa che anche soggetti terzi, portatori di ulteriori e distinte esigenze di riservatezza, lo accorderebbero. In tali ipotesi, potrebbe rivelarsi necessario che la parte tenuta alla *disclosure* ottenga il previo consenso dei terzi interessati a divulgare le informazioni riservate o, comunque, sottoponga alla loro approvazione le proposte di espunzione.

Ai fini dell'espunzione, i Giudici nazionali possono fornire alle parti indicazioni generali e/o specifiche funzionali alla procedura di omissione. Una volta presentate le versioni non riservate, spetta al Giudice nazionale decidere se le espunzioni proposte siano o meno accettabili, per l'economica e l'efficacia del giudizio. In caso di divergenze tra quanto proposto dal soggetto tenuto alla divulgazione e le esigenze difensive vantate dalla parte attrice, il Giudice nazionale dovrebbe sentire le parti e gli eventuali terzi interessati per poi prendere una decisione nel merito della *disclosure*.

Se consentito dalle norme procedurali nazionali, il Giudice può anche decidere di nominare un esperto competente autorizzato ad accedere alle informazioni riservate oggetto di una richiesta di divulgazione. Come suggerito dalla Commissione, tale soluzione può rivelarsi efficace quando le informazioni da divulgare sono caratterizzate da un'elevata sensibilità dal punto di vista commerciale e tecnico (e.g. le informazioni contenute nei libri contabili o i dai sui processi di produzione). In questi casi, infatti, l'esperto nominato dal Giudice nazionale può sintetizzare e/o aggregare le informazioni riservate al fine di renderle accessibili alla parte che richiede la divulgazione.

La nomina di una esperto può risultare opportuna anche quando i dati oggetto di disclosure potrebbero interessare soggetti terzi. In tal caso, anziché avviare una fase di contraddittorio tra i soggetti interessi volta a omissare le informazioni riservate, che comporterebbe inevitabili lungaggini del giudizio, il Giudice può ritenere più efficace nominare esperto che acceda alle informazioni e fornisca un parere in merito alla natura riservata delle stesse. Come nel caso dei componenti di una cerchia di riservatezza, anche all'esperto nominato il Giudice nazionale può chiedergli di presentare impegni scritti concernenti il trattamento riservate delle informazioni a cui avrà accesso.

Fine ultimo della Comunicazione, dunque, è quello fornire adeguati strumenti processuali funzionali a guidare

il Giudice nazionale nel necessario bilanciamento tra gli interessi in gioco, evitando un aprioristico sacrificio delle contrapposte esigenze delle parti del giudizio. La volontà della Commissione di implementare la disciplina del private enforcement, del resto, appare coerente proprio con lo spirito della Direttiva in cui, da un lato, viene più volte sottolineata l'opportunità di prestare una particolare attenzione per prevenire tentativi di acquisizione generalizzata di informazioni che probabilmente non rivestono interesse per le parti del giudizio (cfr. Direttiva, cons. nn. 22 e 23); ma dall'altro, si afferma la necessità di garantire in modo pieno il diritto di accesso alla prova da parte di chi agisce per il risarcimento del danno antitrust (cfr. Direttiva, cons. n. 14).

NATURA DEL TERMINE EX ART. 588 C.P.C.

Ordinatorietà del termine ex art. 588 c.p.c. (Nota a Tribunale di Varese, Sez. II civ., ordinanza 13 luglio 2019)

di Emanuele Caimi

del 9 dicembre 2019

Sommario

La vicenda
Considerazioni sull'ordinatorietà del termine partendo dal"diritto di compera", sull'alea dell'offerta e sull'ugual trattamento da attuarsi

La vicenda

Tribunale di Varese, Sez. II civ., ordinanza 13 luglio 2019, Giudice dell'esecuzione Dott.ssa Flaminia D'Angelo

Un creditore, esasperato dall'utilizzo distorto degli strumenti processuali da parte di un prossimo congiunto del debitore esecutato, avanzava istanza ex artt. 588 e 590 bis c.p.c..

Il deposito della richiesta d'assegnazione avveniva il nono giorno libero anteriore alla data dell'esperimento d'asta.

All'asta, per il tramite di una srls con capitale 1 euro, partecipava la figlia del debitore esecutato (dichiarata peraltro decaduta per ben tre volte nella medesima procedura), che avanzava una offerta inferiore al prezzo base ma conforme alla soglia minima di cui all'art. 571 comma 2 c.p.c..

Il delegato ravvisava l'inammissibilità dell'istanza d'assegnazione e rimetteva la questione al Giudice dell'esecuzione.

Il Tribunale di Varese, nel provvedimento in commento, dopo aver dato atto della presenza di un orientamento di merito in punto "perentorietà" del termine di cui all'art. 588 c.p.c.[1], richiamava invece la diversa conclusione cui è giunta - sia pure nella formulazione ante riforma ma con ragionamento tutt'altro che superato - la Suprema Corte di Cassazione, espressasi per l'ordinatorietà[2] «*dalla lettura della norma, risulta chiaramente che il legislatore non ha previsto espressamente tale termine a pena di decadenza con la conseguenza che, in una lettura combinata con l'art. 152 co. 2 c.p.c., il termine non può essere considerato "perentorio" ove la legge non lo dichiari espressamente*".

Il Giudice dell'Esecuzione escludeva altresì che vi potesse essere un pregiudizio per il partecipante all'asta: "*alcun vulnus subisce chi partecipa ad una gara in cui è stata presentata un'istanza di assegnazione in quanto ogni potenziale offerente dovrebbe essere ben conscio di sopportare un'alea ex lege prevista - e consistente nella possibilità per il creditore… di proporre istanza di assegnazione - con la conseguenza che, ove intenda porsi al riparo da un'eventuale istanza di assegnazione, deve formulare un'offerta di acquisto per un importo almeno pari al prezzo base altrimenti rischia di vedersi postergato, ove sia l'unico offerente, al creditore*".

Le conclusioni del giudicante paiono coerenti, condivisibili e soprattutto ragionevoli, tenuto conto della lettera della norma e della funzione dell'istituto.

1 Così Tribunale di Palermo 18 gennaio 2019: "*al termine per il deposito dell'istanza di assegnazione va attribuita natura perentoria, in quanto l'anticipazione del deposito svolge la funzione di rendere edotta la platea degli offerenti sulla possibilità di presentare una offerta minima ovvero di formulare un'offerta pari o superiore al prezzo base in ragione della 'venuta proposizione dell'istanza di assegnazione'*", in *ilprocessocivile.it*, 11 giugno 2019 con nota di Farina, *La perentorietà del termine per la proposizione dell'istanza di assegnazione*.

2 Cass. III Sez. Civ. 18 aprile 2011, n. 8857, "*nel procedimento esecutivo, il termine di dieci giorni per presentare istanza di assegnazione di cui all'art. 588 c.p.c., ha natura non perentoria, ma ordinatoria, sicché il giudice dell'esecuzione non può discrezionalmente decretare l'estinzione della procedura esecutiva con provvedimento anticipatorio che prefiguri tale estinzione quale conseguenza del decorso della decade dell'udienza infruttuosa di incanto, in assenza di fissazione di nuova udienza e perciò al di fuori dei*

casi espressamente previsti dalla legge", in *Mass. Giust. Civ.* 2011, 4, 623.

Considerazioni sull'ordinatorietà del termine partendo dal"diritto di compera", sull'alea dell'offerta e sull'ugual trattamento da attuarsi

La gestione di un fenomeno giuridico dinamico, qual è il processo ed anche il procedimento espropriativo, impone la considerazione della dimensione del tempo. Il susseguirsi di atti, caratterizzati da alcuni contenuti normativamente definiti, contiene in sé il termine entro cui compierli ed il legislatore interviene nel rispetto della ragionevolezza[3] alla disciplina del fenomeno.

Occorre dunque chiedersi se il termine previsto dall'art. 588 c.p.c. sia da considerarsi, nel silenzio della norma, perentorio ovvero ordinatorio[4].

L'art. 152, comma 2°, c.p.c. contiene una sorta di presunzione di ordinatorietà del termine[5], rispettosa del ruolo del legislatore a cui compete - espressamente o meno - stabilirne l'eventuale perentorietà. Certamente non si tratta di presunzione assoluta, dal momento che la perentorietà può emergere dalla funzione ovvero dallo scopo perseguito da un dato istituto[6].

Per la soluzione della nostra questione, non si può ignorare la diversa formulazione letterale dell'art. 588 c.p.c. rispetto a quella dell'art. 571 comma 2 c.p.c.

In quest'ultima norma il legislatore si è premurato di chiarire espressamente l'inefficacia dell'offerta pervenuta oltre il termine stabilito dall'art. 569 c.p.c., come si desume dall'*incipit* del comma in questione: «*non è efficace"*. Mentre una analoga previsione che non si rinviene nell'art. 588 c.p.c.

Non si comprende la ragione per la quale il creditore istante l'assegnazione del bene debba farlo con anticipo superiore a quello del terzo, che può invece presentare la domanda di partecipazione alla gara di norma sino al giorno precedente l'asta.

Ciò in un processo caratterizzato comunque dalla peculiare struttura e funzione perseguita[7]: la miglior realizzazione al miglior prezzo possibile di un dato bene per la soddisfazione del ceto creditorio.

Finalità certamente assicurata dall'assegnazione del bene, ad un valore che non potrà che esser pari al prezzo base dell'asta, non essendovi una specifica previsione di legge che consenta offerte a prezzo inferiore e non potendosi applicare analogicamente il dettato dell'art. 571, comma 2 c.p.c..

Ne consegue che, più che la questione attinente le conseguenze del mancato rispetto di un termine ordinatario[8] che, peraltro, può essere prorogato d'ufficio ed anche implicitamente[9] dal medesimo Giudice incontrando, quale unico limite, la preclusione logica al compimento di un atto differente[10], appare dirimente l'art. 572, comma 2 c.p.c.

Dal punto di vista sostanziale si può ragionevolmente affermare, infatti, che esista un "diritto di compera" soltanto se l'offerta sia superiore al valore dell'immobile stabilito nell'ordinanza, pari per lo meno al prezzo base dell'asta (art. 572 comma 2 c.p.c.). Solo in questo caso l'offerta sarà "*senz'altro accolta"* dal Giudice competente.

Qualora, come nel caso in esame, l'offerta del terzo sia invece inferiore al prezzo base - quand'anche nel limite di cui all'art. 571 comma 2 c.p.c. - non sorge alcun «diritto di compera» in capo all'offerente e «*il giudice può far luogo alla vendita quando ritiene che non vi sia seria possibilità di conseguire un prezzo superiore"* (art. 572 comma 2 c.p.c.).

Correttamente quindi il Tribunale di Varese ha escluso la natura perentoria del termine di cui all'art. 588 c.p.c., sia per l'assenza di indici espliciti nel testo della norma sia per la funzione che l'assegnazione in ultima analisi assolve: dal punto di vista prettamente economico si risolve nel miglior realizzo del cespite pignorato e quindi in una migliore soddisfazione dei creditori e, per quanto possibile, dello stesso debitore che avrà diritto all'eventuale sopravanzo.

D'altro canto è innegabile che chi partecipa ad un'asta offrendo una somma inferiore al prezzo base ai sensi dell'art. 571 comma 2 c.p.c., accetta il rischio che vi possa essere un'istanza d'assegnazione (quindi al prezzo base) che vanifichi la sua offerta. E ciò è del tutto coerente con la finalità del processo esecutivo.

Affermare la perentorietà del termine di cui all'art. 588 c.p.c. condurrebbe all'introduzione di una ingiustificata in quanto irrazionale disparità di trattamento tra il terzo ed il creditore procedente od intervenuto. Per quale ragione il creditore dovrebbe «scoprire» le carte con largo anticipo?

Non pare, invero, vi sia una ragione logicamente accettabile.

Un approccio sistematico, rispettoso della differenza normativa tra termini perentori ed ordinatori che assicuri uguale trattamento ai partecipanti al processo esecutivo potrebbe indurre ad individuare, quale unico limite per la proposizione dell'istanza d'assegnazione, il rispetto del termine di cui all'art. 569 c.p.c.; ogni altra conclusione propenderebbe per un trattamento ingiustificatamente differente del creditore rispetto al terzo offerente.

3 Si veda Andolina - Vignera, *Il modello costituzionale del*

processo civile italiano, Torino, Giappichelli, 1990, p. 72 per i quali al mancato rispetto della ragionevolezza può sorgere una questione di costituzionalità della norma.

4 Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2011, I, p. 481 - 482: "*ai termini perentori si contrappongono i termini ordinatori, che sono quelli la cui non inosservanza non produce decadenza dal potere di compiere l'atto se non a seguito di una valutazione discrezionale del giudice"*.

5 Cfr. Cass. II Sez. Civ 19 gennaio 2005 n. 1064 in *Mass. Giust. Civ.* 2005, 1; in senso conforme Cass. II Sez. Civ. 2 gennaio 1999 n. 808.

6 Cass. Sez. Un. 12 gennaio 2010 n. 262 proprio in tema di termini per il deposito della cauzione, in *Giust. Civ.*, 2010, 3, I, 579. Si veda anche Cass. I. Sez. Civ. 6 giugno 1997 n. 5074 "*nulla vieta infatti di indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato, e quindi sia perentorio"*, in *Giust. Civ.* 1997, 930.

7 Durello, *L'audizione delle parti e degli interessati: attuazione del principio del contraddittorio nel processo esecutivo?,* in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, 2011, p. 863 e ss. c.c..

8 Pure sostenuto tra i primi commenti sul punto, cfr. Farina, *op. cit*.; in giurisprudenza di merito si assiste ad una tendenziale - quanto non giustificata - equiparazione alle conseguenze nel caso di mancato rispetto del termine ordinatorio al termine perentorio, si veda Tribunale di Bari Sez. Lav., 28 gennaio 2019 n. 353, Redazione Giuffrè, 2019; si veda anche Corte d'Appello Catanzaro 14 febbraio 2009, in *Foro It.*, 2009, 5, I, 1509 per la quale il "*principio costituzionale della ragionevole durata del processo impone di sanzionare l'inosservanza di qualsiasi termine a carico delle pari con effetti analoghi a quelli della inutile inosservanza di un termine perentorio"*. Interpretazione che equiparando "gli effetti" vanificano la natura dei termini e la distinzione prevista dal legislatore. Infatti è stato correttamente osservato che "*la non prorogabilità di un termine processuale ordinatorio che sia già stato prorogato o che sia scaduto, non costituisce una qualità che comporti un mutamento di natura del termine medesimo e la sua trasformazione in perentorio"*, in questi termini Cass. Sez. Lav., 2 settembre 1995 n. 9288 in *Mass. Giust. Civ.* 1995, 1600, si veda anche Cass. Sez. Lav. 16 agosto 1993 n. 8711 in *Mass. Giust. Civ.* 1993, 1290.

9 Cass. III Sez. Civ., 15 aprile 1993 n. 4470 in *Mass. Giust. Civ.* 1993, 672 che afferma la prorogabilità implicita del termine ordinatorio "*può essere prorogato dal giudice dell'esecuzione esplicitamente o implicitamente finché l'incanto non abbia avuto inizio "*.

10 Si veda Viola, *La perentorietà tollerante dei termini ordinatorio processuali*, in *judicium.it*: "*diversamente, la tesi della tolleranza logica sembra convincere di più; ciò in quanto: - appare coerente con il dato letterale che esige una diversificazione tra perentorietà ed ordinatorietà… - appare coerente con la* volutas legis*, emergente anche dai lavori preparatori, tesa essenzialmente a diversificare i due termini … pertanto, se sussiste un dubbio interpretativo, allora bisogna propendere per una ricostruzione più coerente con la ratio che è volta alla diversificazione e non all'equiparazione - è logica perché mira a tollerare il* vulnus*, ma fino ad un certo punto, allineandosi allo spirito del processo… - contempera bene le esigenze di certezza del diritto, con quelle di elasticità rapportabile al caso concreto"*.

CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO E ASPETTI PROCESSUALI

Quesiti e risposte su alcuni aspetti processuali del contratto di mutuo fondiario

di Marco Farina

del 17 dicembre 2019

Sommario

1. Introduzione
2. L'efficacia di titolo esecutivo di un contratto di mutuo c.d. "condizionato"
3. Contratto di mutuo e procedimento monitorio
4. Conclusioni

1. Introduzione

Nel presente contributo proveremo a dare risposta ad una serie di quesiti aventi ad oggetto, in linea generale, talune questioni processuali ricollegate alla conclusione di un contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 38 D.lgs. 385/1993 (T.U.B.).

In particolare, le questioni cui cercheremo di dare risposta sono le seguenti:

(i) se un contratto di mutuo concluso per atto pubblico e/o scrittura privata autenticata possa valere come titolo esecutivo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 474 c.p.c. allorché esso, da un lato contenga, la dichiarazione del mutuatario di aver ricevuto a titolo di mutuo una determinata somma con rilascio di ampia e liberatoria quietanza e, dall'altro, preveda la costituzione in deposito cauzionale infruttifero di detta somma mutuata che verrà svincolato solo al verificarsi di determinate condizioni,

(ii) se, sulla base dell'atto pubblico che documenti la conclusione di un contratto di mutuo quale quello descritto *sub* (i), possa essere richiesto ed ottenuto un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 642, primo comma, c.p.c.

(iii) se, infine, la richiesta e l'ottenimento di un decreto ingiuntivo sulla base di un contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 38 T.U.B. comporti la perdita dei privilegi processuali di cui all'art. 41 T.U.B.

2. L'efficacia di titolo esecutivo di un contratto di mutuo c.d. "condizionato"

L'articolo 474, comma 2, c.p.c. prevede, per quanto qui interessa, che sono titoli esecutivi «*le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute* [...] (art. 474, comma 2, n. 2), nonché *"gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli"* (art. 474, comma 2, n. 3). Ai sensi e per gli effetti del primo comma del medesimo art. 474 c.p.c.*"l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile"*.

A nostro avviso un contratto di mutuo concluso per atto pubblico e/o scrittura privata autenticata che, per un verso, contenga la dichiarazione del mutuatario di aver ricevuto la somma e, per altro verso, preveda la contestuale costituzione di detta medesima somma in deposito cauzionale infruttifero destinato ad essere svincolato (con definitiva ed incondizionata attribuzione della somma al mutuatario) al verificarsi di talune condizioni (ad es., iscrizione ipotecaria secondo il grado previsto, conclusione di un contratto di assicurazione contro i danni all'immobile ipotecato, etc.) possegga i requisiti formali e sostanziali per poter essere considerato titolo esecutivo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 474 c.p.c..

Affinché un determinato atto di natura stragiudiziale possa costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. è necessario che esso documenti e/o rappresenti compiutamente gli elementi dell'obbligazione (di pagamento, nel caso di specie) per il cui adempimento si vuole agire forzatamente.

Ciò significa, in via di estrema sintesi e per quanto qui interessa, che affinché ad un atto possa essere riconosciuta

efficacia di titolo esecutivo è necessario che da esso risulti documentalmente l'esistenza di un attuale obbligo del debitore di pagare una somma liquida di denaro: l'atto deve essere idoneo, nella sua rappresentazione documentale e senza necessità di integrazione in dipendenza di atti esterni, ad individuare compiutamente il comando da attuare.
Pertanto, e per esemplificare, potrà essere riconosciuta una tale efficacia all'atto - formato per scrittura privata autentica o atto pubblico - con cui il debitore si riconosca debitore di un certo importo da restituire[1], mentre non potrà al contrario riconoscersi la qualità di titolo esecutivo all'atto che documenti la conclusione di un contratto di apertura di credito nel quale, come noto, il diritto di credito della banca ed il correlativo obbligo restitutorio del cliente sorgono non per effetto della conclusione del contratto quanto, diversamente, per effetto della concreta utilizzazione da parte del cliente della somma messagli a disposizione dall'istituto di credito[2].
Alla luce di quanto appena detto, nel caso che stiamo analizzando la possibilità di contestare l'efficacia di titolo esecutivo rispetto ad un contratto di mutuo concluso per atto pubblico potrebbe, in astratto ed in linea di principio, venire a fondarsi sulle seguenti considerazioni.
Il contratto di mutuo è un contratto reale che si perfeziona e viene ad esistenza, cioè, con la consegna (o, volendo utilizzare un termine di maggior tecnicismo bancario, con la erogazione) di una determinata somma di denaro: in linea di principio, la conclusione di un contratto con il quale taluno si obblighi a dare ad un soggetto una somma a titolo di mutuo (vale a dire, con obbligo a carico di quest'ultimo di restituirla maggiorata degli interessi) senza che, però, contestualmente alla formalizzazione di detto accordo si concretizzi la consegna e/o l'erogazione della somma mutuata non dovrebbe consentire di dire perfezionata alcuna fattispecie contrattuale da cui possa originare una pretesa all'adempimento.
Nel caso che stiamo analizzando, tuttavia, non è rilevante indagare la questione relativa alla possibilità di riconoscere giuridica rilevanza ad un contratto di mutuo meramente consensuale e/o meramente obbligatorio perché, quand'anche si riconoscesse sul terreno del diritto sostanziale tale possibilità, rimarrebbe comunque impregiudicata la questione relativa alla certa mancanza di titolo esecutivo di un contratto che, in ragione della mancata erogazione contestuale alla conclusione del contratto, non può per definizione documentare in modo autosufficiente l'esistenza di un diritto di credito e di un correlativo obbligo restitutorio che possano essere "oggetto" di un'azione esecutiva.
La questione di diritto sostanziale ricollegata alla c.d. realità del mutuo è certamente rilevante nel caso sottoposto al nostro esame ma esclusivamente nei limiti in cui - come avviene per qualsiasi altro titolo esecutivo stragiudiziale - in mancanza di erogazione contestuale alla formalizzazione dell'atto di mutuo non può per ciò solo dirsi sussistente una rappresentazione documentale idonea ad individuare compiutamente il comando da attuare[3].
Nel caso sottoposto al nostro esame, dunque, la questione che si pone come problematica è la seguente: l'atto di mutuo formato per scrittura privata autenticata e/o atto

[1] Qualora il debitore si riconosca debitore di un determinato importo da restituire entro un dato termine ciò non varrà a privare l'atto dell'efficacia di titolo esecutivo in ragione della inesigibilità della obbligazione in esso documentata in quanto, a tacer d'altro, l'esigibilità del diritto di credito per cui si agisce esecutivamente deve esistere al momento in cui si inizia l'esecuzione forzata e non, invece, al momento in cui è formato l'atto. In tali casi, scaduto il termine risultante dal documento, il creditore potrà agire notificando il titolo esecutivo ed il precetto ed il debitore potrà, se del caso, contestare l'esigibilità del credito sostenendo che il termine non sia interamente decorso (o che sia stato prorogato) proponendo a tal fine una opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

[2] Il contratto di apertura di credito pur concluso in forma di scrittura privata autenticata o atto pubblico non potrà valere come titolo esecutivo in ragione, appunto, del difetto di rappresentazione nel titolo degli elementi costitutivi di un'attuale ed esigibile pretesa creditoria.

[3] Ciò che consente anche di dire che nel caso di specie non è rilevante, né propriamente corretto, discutere - come pur sovente accade - di efficacia di titolo esecutivo da non poter riconoscere ad un contratto di mutuo *condizionato*. In realtà, se l'erogazione è davvero subordinata al verificarsi di una condizione *sospensiva* esterna all'atto il cui avverarsi non può, dunque e per definizione, essere rappresentata documentalmente nell'atto stesso che si vuole azionare come titolo esecutivo, la questione non è se possa o meno darsi tutela esecutiva ad un diritto di credito che nel titolo è rappresentato *sub condicione* ma, diversamente, è solo se possa ritenersi *tout court* esistente un obbligo restitutorio adeguatamente rappresentato documentalmente nel titolo. E tale questione non può che essere risolta in senso negativo perché, come detto in precedenza e come appare del resto intuitivo, se non vi è stata erogazione non può in alcun modo dirsi sorto (neppure sotto condizione sospensiva) né un diritto di credito, né uno speculare obbligo di restituzione. Al contrario, e riprendendo quanto detto in precedenza quanto al termine, se in un contratto di compravendita stipulato per scrittura privata autenticata o atto pubblico fosse inserita una condizione *sospensiva*, ciò non potrebbe *di per sé* impedire di riconoscere all'atto la qualità di titolo esecutivo (per difetto di esigibilità del diritto di credito) in quanto, al contrario, l'atto documenta compiutamente ed in modo autosufficiente gli elementi essenziali degli obblighi gravanti sulle parti potendo l'avveramento della condizione essere oggetto di una mera dichiarazione del creditore nell'atto di precetto e di eventuale contestazione da parte del debitore con l'opposizione all'esecuzione.

pubblico che contenga una dichiarazione di quietanza del mutuatario e che, tuttavia, preveda che la somma mutuata venga contestualmente costituita in deposito cauzionale affinché possa essere resa definitivamente ed incondizionatamente a disposizione del mutuatario solo al verificarsi di determinati eventi futuri esterni al titolo può dirsi contenere una adeguata, compiuta ed autosufficiente rappresentazione documentale della esistenza di una obbligo di restituzione in capo al mutuatario ?

La risposta a tale quesito, a nostro avviso, deve essere positiva, nonostante talune pronunce di segno contrario della giurisprudenza di merito[4].

Secondo quanto previsto nelle clausole tipicamente contenute nei contratti di mutuo oggetto della nostra analisi (i) la parte mutuataria dichiara di ricevere la somma dalla Banca, rilasciandone quietanza, (ii) la somma mutuata viene contestualmente depositata dalla parte mutuataria in un conto infruttifero presso la Banca destinato ad essere svincolato una volta che la parte mutuataria abbia consegnato alla Banca la documentazione comprovante l'avvenuta valida e regolare iscrizione dell'ipoteca secondo il grado richiesto (primo), (iii) in caso di mancata consegna è previsto che il contratto si risolva con possibilità per la Banca di incamerare il deposito per estinguere il mutuo (vale a dire, per estinguere l'obbligazione restitutoria del mutuatario).

L'insieme di tali circostanze nell'atto consente di riconoscere ad esso l'efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma secondo, n. 3), c.p.c. poiché da esso risulta senz'altro la compiuta ed autosufficiente rappresentazione documentale degli elementi essenziali dell'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario.

È decisivo a tale riguardo osservare che l'esistenza dell'obbligazione restitutoria è certamente rappresentata documentalmente nel titolo in quanto, a tacer d'altro, non solo nell'atto è contenuta la dichiarazione del mutuatario di ricevere contestualmente alla stipula del contratto[5] a titolo di mutuo una determinata somma di denaro per mezzo di strumenti finanziari incontestabili (per solito assegni circolari) ma, di più, detta somma è destinata ad essere utilizzata dalla Banca mutuante, nel caso di mancata consegna della documentazione comprovante la valida ed efficace iscrizione ipotecaria, per l'*"estinzione del mutuo"* e, dunque, proprio al fine di estinguere l'obbligazione restitutoria gravante sulla parte mutuataria.

La rappresentazione documentale di un accordo redatto per atto pubblico in virtù del quale un soggetto dichiara di ricevere, alla presenza del Notaio rogante, una determinata somma a titolo di mutuo - quindi con obbligo legale di restituzione (arg. *ex* art. 1813 cod. civ.) - con l'ulteriore e logicamente successiva previsione per cui, in ipotesi di inadempimento del mutuatario ad una seria di obblighi documentali, la Banca può avvalersi della facoltà di risolvere il contratto ed utilizzare il deposito cauzionale costituito dalla parte mutuataria con la somma mutuata per l'estinzione del mutuo, è certamente indicativa di una effettiva erogazione della somma da parte del mutuante e del corrispondente obbligo restitutorio del mutuatario con conseguente efficacia di titolo esecutivo.

La conclusione cui si è giunti in precedenza è confortata, peraltro, dalla più recente giurisprudenza di legittimità[6].

---

[4] V., di recente, Trib. Vallo della Lucania, 23 luglio 2019, Trib. Massa, 27 novembre 2018, Trib. Teramo, 12 giugno 2018, Trib. Campobasso, 25 luglio 2017, Trib. Chieti, 13 luglio 2017, Trib. Pescara 12 giugno 2017, Trib. Roma, 13 maggio 2015, Trib. Latina -sez. distaccata Terracina, 18 maggio 2010.

[5] Con dichiarazione assistita da fede privilegiata qualora il Notaio rogante dia atto che la somma oggetto del mutuo viene versata alla sua presenza così differenziandosi l'ipotesi in discorso da quella, ad es., esaminata da Cass. civ., sez. I, 19 giugno 2018, n. 16104, (Ord.), in cui l'efficacia probatoria privilegiata della erogazione era stata disconosciuta anche perché il Notaio rogante aveva dato atto della dichiarazione del mutuatario di aver *precedentemente* ricevuto la somma accordatale a titolo di mutuo (in tale pronuncia, del resto, è riaffermato il principio della sufficienza, ai fini della acquisita disponibilità giuridica della somma mutuata, di una erogazione documentata da dichiarazione di quietanza rilasciata dal mutuatario cui pur fa seguito la costituzione in deposito cauzionale, v. *infra*).

[6] Tra i precedenti di legittimità che hanno confermato la tesi sostenuta nel testo non pare possa propriamente annoverarsi Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 2017, n. 25632. Questa decisione - sebbene citata dalle successive che hanno affermato il principio di diritto di cui si dice nel testo - non ha certamente affermato un principio contrario ma, a ben vedere, si è pronunciata su di un caso in cui l'affermazione della irrilevanza, al fine di negare l'effettiva erogazione del denaro, alla costituzione in deposito cauzionale della somma mutuata non era né rilevante, né tantomeno decisiva. Ed infatti nel caso deciso da Cass. civ. 25632/2017 il mutuo era stato in parte direttamente ed incondizionatamente erogato al momento della conclusione del contratto, in parte era stato erogato e costituito in deposito. La domanda di ammissione al passivo della Banca riguardava solo la prima parte dell'importo mutuato, in quanto la seconda non era mai stata svincolata ed era stata invece incamerata dalla Banca stessa ad estinzione parziale anticipata del finanziamento. La Cassazione, dunque, reputa infondato sì *"l'argomento centrale della motivazione del decreto impugnato secondo cui la costituzione presso la banca MPS di un deposito cauzionale infruttifero intestato alla mutuataria, destinato ad essere svincolato all'esito dell'adempimento degli obblighi e alla realizzazione delle condizioni contrattuali, non possa considerarsi come effettiva erogazione della somma da parte della banca mutuante perché la costituzione del deposito, oltre a non essere provata, non aveva comunque realizzato quella piena dispo-*

Cass. civ., sez. 6, 22 luglio 2019, n. 19564 (Ord.)[7], ha reputato senz'altro erronea la pronuncia del giudice di merito che aveva negato, nell'ambito di un giudizio di opposizione allo stato passivo[8], che dal contratto di mutuo stipulato per atto pubblico potesse trarsi la prova del diritto di credito della banca alla restituzione del mutuo in quanto da esso si ricavava che la somma mutuata era stata riconsegnata alla banca perché restasse depositata fino alla documentazione dell'iscrizione dell'ipoteca e, dunque, essa era rimasta nella disponibilità della banca. Tale *ratio decidendi* della pronuncia di merito impugnata in cassazione è stata ritenuta, come detto, senz'altro erronea dai giudici di legittimità in quanto contraria al "*principio* [...] *secondo cui il denaro oggetto del contratto di mutuo entra nella disponibilità giuridica del mutuatario anche se depositato su un deposito presso la stessa banca mutuante a garanzia dell'adempimento degli obblighi connessi al contratto*".

Cass. civ., sez. I, 6 marzo 2018, n. 5261, sempre pronunciandosi in un caso in cui veniva in rilievo un rigetto di una opposizione allo stato passivo, ha ritenuto di dover espressamente ribadire che "*secondo quanto ripetutamente affermato da questa Corte, la consegna idonea a perfezionare il contratto reale di mutuo va intesa nei soli termini di materiale traditio del denaro, ma si realizza anche attraverso il conseguimento da parte del mutuatario della disponibilità giuridica della cosa. Ciò premesso, va rilevato che la prova che il contratto dedotto in giudizio si fosse perfezionato era contenuta in altra parte del testo negoziale, laddove il notaio rogante dava atto dell'erogazione* [...] *dell'intera somma di € 2.000.000 contestualmente alla concessione del finanziamento (e dunque alla stipula del mutuo), in tal modo non limitandosi ad attestare ciò che le parti gli avevano dichiarato, ma certificando un fatto avvenuto in sua presenza* [...] *È d'altro canto indubbio* [...] *che l'erogazione, ancorché non consistita nella materiale consegna della somma, abbia consentito* [alla mutuataria] *di conseguirne la disponibilità giuridica (tanto che la società la ha immediatamente consegnata alla banca mutuante perché la costituisse in deposito cauzionale infruttifero a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte nei suoi confronti*".

Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2018, n. 1445 ha cassato la pronuncia di merito che aveva negato l'ammissione al passivo della Banca mutuante sul presupposto della mancata prova dell'effettiva erogazione del finanziamento rilevando, a tal proposito, che *"di per sé la costituzione di un deposito cauzionale intestato alla stessa mutuataria non può valere come sintono della ineffettività della messa a disposizione della somma mutuata"*.

Cass. civ., sez. III, 26 agosto 2014, n. 18260, pronunciatasi questa volte proprio in un caso a cui venir in rilievo era una opposizione all'esecuzione con la quale era stata contestata l'efficacia di titolo esecutivo di un contratto di mutuo, ha reputato corretta la decisione di rigetto della opposizione del giudice di merito che aveva ritenuto infondata la contestazione del debitore esecutato rilevando, a tal proposito, che l'effettività della erogazione non poteva in quel caso negarsi sol perché l'assegno circolare consegnato ed intestato ai mutuatari era stato costituito in deposito cauzionale presso il Notaio rogante l'atto affinché questi potesse consegnarlo al mutuatario una volta validamente ed efficacemente perfezionata l'iscrizione ipotecaria[9].

Cass. civ., sez. III, 30 novembre 2011, n. 25569 ha confer-

nibilità giuridica considerabile come equivalente alla traditio materiale della somma" ma lo fa in un caso in cui, come detto, tale pur rilevata erroneità non era decisiva per l'accoglimento del motivo. Il principio espresso da Cass. 25632/2017 può, dunque, piuttosto qualificarsi come *obiter dictum* comunque favorevole alla tesi qui sostenuta.

[7] La circostanza che la pronuncia di accoglimento del ricorso sia stata emessa (per sua manifesta fondatezza) dalla sesta (ed apposita) sezione della Cassazione con ordinanza resa a seguito di un procedimento in camera di consiglio evidenza la natura di *ius receptum* del principio di diritto infine affermato.

[8] La circostanza per cui il precedente di cui si dà conto nel testo si sia formato in un giudizio di opposizione allo stato passivo e non, invece, in un giudizio di opposizione all'esecuzione in cui era stata messa in dubbio l'efficacia di titolo esecutivo del contratto di mutuo non è rilevante al fine di negare significatività al precedente medesimo. Seppure è vero, infatti, che nel giudizio di opposizione allo stato passivo si fa questione intorno all'efficacia probatoria dell'atto, mentre nel giudizio di opposizione all'esecuzione si fa questione di efficacia esecutiva dell'atto stesso, è anche però vero che, riconoscendo senz'altro valore di piena prova dell'effettiva erogazione della somma mutuata ad un contratto di mutuo caratterizzato dalla presenza delle previsioni discusse nel presente contributo, deve, allora e di conseguenza, anche riconoscersi a tale atto l'efficacia di titolo esecutivo in quanto contenente, appunto, una compiuta ed autosufficiente rappresentazione documentale degli elementi essenziali dell'obbligazione restitutoria.

[9] In tal caso, peraltro, il principio affermato può dirsi addirittura più incisivo di quelli affermati in relazione ai casi precedenti. Ed infatti nel caso deciso da Cass. 18260/2014, in caso di mancata costituzione della garanzia ipotecaria, l'assegno circolare sarebbe stato restituito *tout court* alla Banca senza possibilità, dunque, di ricostruire la vicenda in termini di (vera e propria) restituzione del finanziamento. Ciò nonostante, la contestazione del debitore esecutato è stata ritenuta infondata.

mato la sentenza di merito che aveva rigettato l'opposizione all'esecuzione proposta dal debitore per contestare l'efficacia di titolo esecutivo di un contratto di mutuo pur concluso per atto pubblico rilevando come dovesse reputarsi corretta l'osservazione del giudice di merito che aveva ritenuto esistente una effettiva erogazione documentalmente rappresentata nell'atto pur a dispetto del fatto che in esso era contenuto un mandato emessa dalla Banca sulla propria cassa contenente l'ordine di versare alla parte mutuataria la somma. Posta di fronte alla contestazione che tale previsione evidenziava che solo in un momento successivo alla conclusione dell'atto azionato come titolo esecutivo, la Cassazione ha rilevato "*di non poter condividere* [...] *l'assunto del ricorrente secondo cui il contratto concluso tra le parti, non accompagnato dalla traditio del denaro, non sia qualificabile come contratto di mutuo: di talché, in mancanza di passaggio fisico di quel denaro, esso non determinerebbe l'insorgere di un alcun obbligo di restituzione e, non potrebbe, conseguentemente, valere come titolo esecutivo. Non pare dubbio infatti che la valorizzazione, in siffatta chiave, dell'ordine di versare un determinato importo, come fatto irriducibilmente diverso dal versamento dello stesso, appara capziosa ed inappagante, in un contesto in cui è fuori discussione che la somma di L. 200.000.000 fu poi effettivamente erogata*"[10].

3. Contratto di mutuo e procedimento monitorio

I quesiti (ii) e (iii) possono essere esaminati congiuntamente in quanto entrambi relativi alle conseguenze di natura processuale che derivano dalla scelta del titolare di un credito derivante da un contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 38 T.U.B. di far valere tale diritto attraverso il procedimento di ingiunzione di pagamento di cui agli artt. 633 e ss. c.p.c.

Il quesito *sub* (ii) chiede di sapere se l'eventuale scelta della banca titolare di un credito fondiario ai sensi degli artt. 38 e ss. T.U.B. di avvalersi della tutela monitoria possa pregiudicare, nel successivo processo esecutivo che venisse intrapreso sulla base del decreto ingiuntivo così ottenuto, i privilegi di natura processuale che l'art. 41 T.U.B. accorda all'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari.

A nostro avviso anche nel caso in cui la Banca titolare di un credito fondiario decida, invece di iniziare immediatamente l'esecuzione forzata sulla base del titolo esecutivo stragiudiziale costituito da un contratto di mutuo concluso per atto pubblico e/o scrittura privata autenticata, di chiedere un decreto ingiuntivo ai sensi degli artt. 633 e ss. c.p.c. la successiva azione esecutiva che venisse a fondarsi su tale titolo esecutivo giudiziale sarà comunque caratterizzata dai privilegi processuali di cui all'art. 41 T.U.B.

A conforto di tale affermazione può, innanzi tutto ed in linea generale, osservarsi che la tutela giurisdizionale dichiarativa dei propri diritti è un diritto fondamentale assicurato a tutti dall'art. 24 Cost. e, dunque, l'esercizio del diritto di credito in forme che ne permettano un accertamento con efficacia di giudicato non può mai costituire una circostanza da cui possano scaturire conseguenze negative a carico del creditore.

Seppure è vero, infatti, che anche l'azione esecutiva è una forma di tutela giurisdizionale dei diritti e che, quindi, il legislatore potrebbe in astratto anche prevedere che determinati privilegi di natura processuale conseguano solo all'esercizio in determinate forme della tutela giurisdizionale, è anche altrettanto vero, però, che tale scelta dovrebbe, per un verso, venire a fondarsi su obiettivi e ragionevoli giustificazioni che nel caso di specie non si intravedono e, per altro e decisivo verso, dovrebbe risultare da una previsione espressa che pure nel caso di specie manca.

Al contrario, vi sono numerosi elementi testuali e sistematici che concorrono a formare il convincimento per cui non è di ostacolo alla fruizione dei privilegi processuali di cui all'art. 41 T.U.B. l'aver iniziato l'esecuzione forzata sulla base di un titolo esecutivo giudiziale avente ad oggetto un credito fondiario.

In primo luogo, non vi è negli artt. 38 e ss. T.U.B. alcuna previsione che imponga una perfetta ed ineludibile coincidenza tra contratto di mutuo fondiario e titolo esecuti-

[10] La pronuncia è rilevante sia perché, come già segnalato alla nota precedente, riconosce efficacia di titolo esecutivo ad un atto in cui è espressamente riservata ad un momento temporalmente successivo la stessa erogazione della somma ma anche perché, a ben vedere, coglie un aspetto assai rilevante della questione molto spesso negletto nell'analisi giurisprudenziale (di merito). Si vuol cioè dire che, allorché la Banca aziona come titolo esecutivo un contratto di mutuo quale quello oggetto del presente contributo, notificando sulla base di esso un atto di precetto, è perché, all'evidenza, il mutuo è certamente entrato in ammortamento con la definitiva ed incondizionata messa a disposizione della somma al mutuatario per effetto dello svincolo del deposito cauzionale contestualmente creato. La contestazione del debitore esecutato in un contesto di questo tipo non potrebbe mai essere, dunque, che il mutuo non si è concluso per mancata erogazione della somma quanto, piuttosto e semmai, che il mutuo è stato rimborsato per effetto del meccanismo approntato dalle parti proprio in dipendenza della costituzione in deposito della somma. La mera contestazione circa la mancanza di efficacia di titolo esecutivo in un contesto in cui il mutuo è incontestabilmente entrato in ammortamento con il pagamento di alcune rate ne rende, insomma, evidente la natura pretestuosa e capziosa.

vo. Negli artt. 38 e ss. del T.U.B. - ossia di una legge del 1993, entrata in vigore quando, tra l'altro, la scrittura privata autenticata non era titolo esecutivo - non è mai imposta la conclusione del contratto di mutuo per atto pubblico, essendo piuttosto prevista la necessità che il contratto di mutuo e/o la costituzione dell'ipoteca a garanzia del suo rimborso siano stipulati in forme che permettano l'iscrizione di quest'ultima.

L'iscrizione dell'ipoteca, tuttavia, può avvenire come noto anche mediante scrittura privata autenticata, con la conseguenza per cui nel periodo dal 1993 al 2006 (quando è stata introdotta la previsione che riconosce efficacia di titolo esecutivo alle scritture private autenticate limitatamente alle somme di denaro in esse contenute) un contratto di mutuo si sarebbe potuto concludere anche con scrittura privata autenticata e, dunque, con atto non avente efficacia di titolo esecutivo, con conseguente onere della Banca di agire per procurarsi un titolo esecutivo di natura giudiziale.

Ciò è tanto vero che il secondo comma dell'art. 41 T.U.B. disciplina, generalmente e senza alcuna specificazione, «*l'azione esecutiva su beni ipotecati a garanzia di crediti fondiari"* lasciando intendere che le peculiarità che l'assistono sono, come d'ordinario, indifferenti rispetto alla natura del titolo esecutivo in virtù del quale essa è intrapresa.

I privilegi processuali delineati dall'art. 41 T.U.B. debbono, dunque, ritenersi propri di ogni azione esecutiva che la Banca intraprenda per ottenere soddisfazione di un credito fondiario, ossia di un credito che derivi da un contratto di finanziamento a medio-lungo termine garantito da ipoteca di primo grado[11]. È la qualificazione oggettiva dell'operazione a richiamare in vigore l'applicazione delle norme processuali di cui all'art. 41 T.U.B., fatta evidentemente eccezione, per il caso di titolo esecutivo giudiziale ottenuto per la tutela di un credito fondiario, per quella che consente di iniziare l'esecuzione forzata senza procedere alla preventiva notificazione del *"titolo esecutivo contrattuale"*.

Poiché, dunque, nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del T.U.B. e sino al 2006 non era affatto esclusa la possibilità che un mutuo fondiario potesse essere concluso in forma di scrittura privata autenticata e, quindi, in una forma che non consentisse l'immediata aggressione esecutiva da parte della Banca e poiché, ancora, la specificazione contenuta nel primo comma dell'art. 41 T.U.B. si giustifica e si comprende solo immaginando che il titolo esecutivo a base dell'azione esecutiva su beni ipotecati a garanzia di crediti fondiari possa anche non avere natura contrattuale (meglio, stragiudiziale)[12], deve conclusivamente ritenersi che, fermo l'obbligo della preventiva notificazione del titolo esecutivo giudiziale, tutti gli altri privilegi processuali assicurati dalla legge relativamente all'azione esecutiva per il recupero di crediti (oggettivamente) fondiari mantengano la loro efficacia e debbano trovare applicazione anche quando la Banca abbia ottenuto per quel credito un provvedimento giurisdizionale esecutivo di condanna.

Con il quesito (iii) si chiede di sapere se il decreto ingiuntivo richiesto per la tutela di un credito fondiario debba o possa essere concesso con la clausola di provvisoria esecutività ai sensi e per gli effetti di cui al primo comma dell'art. 642 c.p.c., ossia sin dal momento della sua pronuncia e quindi già nella prima fase *inaudita altera parte* che caratterizza il procedimento per ingiunzione.

L'articolo 642 c.p.c. dispone che *"Se il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti dell'oppo-*

[11] Altro requisito oggettivo che deve caratterizzare l'operazione di finanziamento affinché essa possa oggettivamente godere dei benefici e/o privilegi processuali di cui all'art. 41 T.U.B. è quello relativo al non superamento di una determinata soglia quanto al rapporto tra misura del credito concesso e valore dell'immobile ipotecato. In questa sede, però, non è il caso di indugiare oltre su tale questione potendoci limitare all'osservazione per cui, in caso di mancato rispetto di tale soglia, il contratto non perderà per ciò solo l'efficacia di titolo esecutivo (ciò che invero prescinde dal tipo di operazione che è documentata nell'atto che si voglia azionare come titolo esecutivo stragiudiziale) ma, diversamente, verranno meno solo i privilegi processuali di cui all'art. 41 T.U.B. (e così, per esemplificare, se venisse iniziata una esecuzione sulla base di un contratto di mutuo concluso per atto pubblico e non venisse, in conformità alla previsione del primo comma dell'art. 41 T.U.B., notificato il titolo, sarebbe fondata non una opposizione all'esecuzione ma una opposizione agli atti esecutivi; per spunti in tal senso Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2019, n. 17439).

[12] Perché, altrimenti, la legge avrebbe utilizzato l'espressione "titolo esecutivo" *tout court*. Se, insomma, la legge avesse previsto che il contratto di mutuo fondiario non avrebbe potuto essere concluso in una forma diversa da quella che assicurava all'atto immediata efficacia esecutiva e avesse, dunque, imposto una rigida ed ineludibile corrispondenza e coincidenza tra contratto e titolo esecutivo, non vi sarebbe stato bisogno di aggiungere la locuzione "contrattuale" accanto alla espressione titolo esecutivo.

sizione. L'esecuzione provvisoria può essere concessa anche se vi è pericolo di grave pregiudizio nel ritardo, ovvero se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore, comprovante il diritto fatto valere; il giudice può imporre al ricorrente una cauzione. In tali casi il giudice può anche autorizzare l'esecuzione senza l'osservanza del termine di cui all'articolo 482".

Tradizionalmente si distinguono le ipotesi previste dal primo e dal secondo comma dell'art. 642 c.p.c. nel senso che ricorrendo le prime il giudice deve, su richiesta di parte beninteso, concedere il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, mentre ricorrendo le seconde il giudice può concedere l'esecuzione provvisoria. Nel primo caso si avrebbe, quindi, un potere del giudice vincolato al riscontro della integrazione della fattispecie descritta dalla norma (l'essere il credito fondato su cambiale, assegno, atto ricevuto da notaio), nel secondo invece il giudice potrebbe discrezionalmente valutare, pur al ricorrere dei presupposti individuati dal secondo comma, se concedere o meno la provvisoria esecutività.

La risposta al quesito deve, dunque, differenziarsi a seconda che si voglia far riferimento alla ipotesi di cui al primo comma dell'art. 642, ovvero a quella prevista dal secondo comma della medesima disposizione.

Ed al quesito se un contratto di mutuo quale quello oggetto della presente analisi imponga la concessione della provvisoria esecutività ai sensi del primo comma dell'art. 642 se posto al fondo di una richiesta di decreto ingiuntivo la risposta deve, ulteriormente, differenziarsi a seconda che si riconosca o meno efficacia esecutiva ad un atto così congegnato.

Nella ipotesi in cui - come abbiamo ritenuto debba farsi - si ritenga che un contratto di mutuo concluso per atto pubblico che contenga quelle peculiari previsioni relative alla erogazione ed alla contestuale costituzione della somma erogata in deposito cauzionale costituisca senz'altro titolo esecutivo, allora dovrà di conseguenza anche riconoscersi che tale medesimo atto, se posto alla base di una richiesta di decreto ingiuntivo, imporrà al giudice di concedere il provvedimento monitorio provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 642, primo comma, c.p.c.

Occorre, dunque, ipotizzare che ad un contratto di mutuo caratterizzato da tali previsioni non si voglia riconoscere efficacia esecutiva (secondo un ragionamento che abbiamo ritenuto non persuasivo e, comunque, smentito dalla prevalente e più recente giurisprudenza di legittimità) e chiedersi se, anche in tale ipotesi, ricorra l'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 642 se il credito fatto valere in via monitoria si fondi su un contratto di siffatto tenore, ovviamente stipulato per atto pubblico[13].

La risposta a tale quesito, a nostro avviso, deve essere positiva. Seppur è vero che la previsione di cui al primo comma che impone la concessione della provvisoria esecutività trovi la sua giustificazione razionale nel fatto che, di regola, gli atti in esso nominati abbiano anche efficacia esecutiva, non è però vero in assoluto che in tanto il primo comma dell'art. 642 c.p.c. può trovare applicazione in quanto l'atto che viene posto al fondo della richiesta di provvisoria esecutività abbia valenza di titolo esecutivo.

Nel catalogo dell'art. 642, primo comma, c.p.c. infatti sono ricompresi documenti che seppur al tempo della originaria formulazione della norma non costituivano titolo esecutivo, erano comunque idonei a sorreggere la provvisoria esecutività del decreto: ad es., fino al 2006 - anno in cui l'art. 474, comma secondo, n. 3, c.p.c. è stato modificato riconoscendo efficacia esecutiva all'atto pubblico relativamente a qualsiasi tipologia di obbligazione di dare in esso contenute - l'atto pubblico che documentava una obbligazione di consegnare un bene mobile o immobile inadempiuta non costituiva titolo esecutivo ma poteva ben sorreggere la richiesta di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo ai sensi del primo comma dell'art. 642 c.p.c.[14].

In ragione di ciò, deve ritenersi che la giustificazione che è al fondo del riconoscimento della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo ai sensi del primo comma dell'art. 642 c.p.c. allorché esso si fondi su di un atto ricevuto da notaio sta del motivo di particolare attendibilità della

[13] La previsione di cui all'art. 642 è interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina, nel senso che, anche dopo l'entrata in vigore della norma che ha attribuito efficacia esecutiva alle scritture private autenticate relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, si reputa che se il credito si fonda su un atto di tale tipo avente efficacia esecutiva ciò non consenta, comunque, di ritenere applicabile il primo comma dell'art. 642 (che fa riferimento all'atto ricevuto da notaio, ossia all'atto pubblico).

[14] Al di là di questo esempio, oggi il fatto che, come detto, la scrittura privata autenticata costituisca titolo esecutivo non consenta, comunque, di poter ottenere un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo ai sensi del primo comma dell'art. 642 conferma la conclusione per cui ai fini della previsione in analisi non è decisivo che il documento possegga efficacia di titolo esecutivo stragiudiziale. Sul versante opposto, infatti, si fa comunemente rilevare che la cambiale è titolo esecutivo stragiudiziale se in regola con il bollo, mentre tale regolarità formale-fiscale non è necessaria al fine di ottenere l'immediata esecutività del decreto ingiuntivo che su di essa si fondi.

scrittura che rende improbabile una opposizione fondata sulla contestazione del fatto costitutivo del credito rappresentato da tale scrittura.
Con la conseguenza per cui, nel caso che ci occupa, pur ritenendo il contratto di mutuo stipulato per atto pubblico non dotato, di per sé, di efficacia esecutiva in ragione del condizionamento imposto alla libera disponibilità della somma da parte del mutuatario per effetto del meccanismo di erogazione e contestuale costituzione di un deposito cauzionale sopra descritto, la deduzione contenuta nel ricorso monitorio suffragata da ulteriori elementi di prova[15] atti a far presumere l'avveramento della condizione consentirà alla parte di richiedere ed imporrà al giudice di pronunciare il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 642, primo comma, c.p.c.

4. Conclusioni

In conclusione:
(a) un contratto di mutuo stipulato per atto pubblico e/o scrittura privata che contenga, da un lato, la dichiarazione del mutuatario di aver ricevuto a titolo di mutuo una determinata somma con rilascio di ampia e liberatoria quietanza e, dall'altro, preveda la contestuale costituzione di tale somma in un deposito cauzionale infruttifero intestato alla stessa parte mutuataria con possibilità per la Banca di utilizzare detto deposito al fine di estinguere il mutuo per il caso di mancato adempimento di obblighi documentali imposti al mutuatario costituisce, senz'altro, titolo esecutivo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 474 c.p.c.,
(b) qualora la Banca decida di tutelare il proprio credito derivante da una operazione di finanziamento fondiario ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 38 e ss. T.U.B. mediante il ricorso al procedimento di ingiunzione di pagamento *ex* artt. 633 e ss. c.p.c., nella esecuzione forzata che verrà intrapresa sulla base di tale titolo esecutivo giudiziale dovranno applicarsi le norme di cui all'art. 41 T.U.B. fatta eccezione per quella prevista dal primo comma,
(c) il decreto ingiuntivo richiesto ed ottenuto dalla Banca sulla base di un atto pubblico che documenti un contratto di mutuo quale quello descritto *sub* (a) dovrà essere concesso con la clausola di provvisoria esecutività ai sensi e per gli effetti di cui al primo comma dell'art. 642, e ciò sia che a tale atto si riconosca efficacia di titolo esecutivo, sia nel caso che gliela si neghi.

[15] Non necessariamente documentali, né a maggior ragione della medesima consistenza formale dell'atto pubblico che documenti il contratto. Ad es., la deduzione contenuta in ricorso circa l'avvenuto pagamento di alcune rate di ammortamento da parte del debitore evidenzierà senz'altro la prova certa del verificarsi della condizione (impropriamente) sospensiva cui potrebbe ritenersi *in casu* assoggettata l'efficacia del mutuo e dell'obbligo restitutorio e, dunque, legittimerà la concessione della provvisoria esecutività in dipendenza dell'art. 642, primo comma, c.p.c.

ACCORDI STRAGIUDIZIALI DI RISOLUZIONE DELLA CRISI CONIUGALE NELL'UE

La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi stragiudiziali di risoluzione della crisi coniugale. Prime riflessioni sul Regolamento UE 2019/1111

di Francesca Tizi

del 18 dicembre 2019

Sommario

1. Profili introduttivi
2. Pluralità di regolamenti europei
3. Accordi matrimoniali: natura giuridica degli accordi di fronte al Sindaco
3.1. Segue. La natura giuridica dell'accordo negoziato munito di nullaosta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica
3.2. Segue. Accordo negoziato autorizzato dal Presidente del Tribunale
4. Le problematiche sollevate dal Regolamento n. 2201/2003 alla circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di cui agli artt. 6 e 12 della legge n. 162/2014
5 La circolazione dei c.d. divorzi privati46 nello spazio giuridico europeo alla luce del Regolamento1111/2019
6. La circolazione degli accordi di responsabilità genitoriale contenuti nell'accordo di negoziazione assistita
7. Segue. Le disposizioni dell'accordo contenenti obbligazioni alimentari

1. Profili introduttivi

Il sempre più acceso interesse per i c.d. metodi stragiudiziali di risoluzione dei conflitti ha ormai coinvolto anche l'ambito familiare[1]. È, infatti, in tale contesto che s'inserisce il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile* - convertito con modifiche in legge 10 novembre 2014, n. 162 - con cui, in maniera fortemente innovativa rispetto al passato, vengono estesi anche a separazione e divorzio forme di risoluzione della crisi di coppia stragiudiziali e alternative al ricorso al giudice[2].

Più nel dettaglio, vengono introdotti nell'ordinamento italiano due nuovi facoltativi[3] mezzi di risoluzione della crisi familiare che, superando il, fino ad allora invalicabile, limite della necessaria fase giurisdizio-

[1] Più in generale, quando si parla di metodi stragiudiziali di risoluzione dei conflitti ci si intende riferire a percorsi in cui le parti, grazie all'aiuto di un terzo o dei propri legali e in virtù di un dialogo aperto e trasparente, intervengono in prima persona nella risoluzione della controversia tra di loro insorta.

[2] Sull'innovatività del percorso cfr. DANOVI, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio (commento agli artt. 6 e 12 legge 10 novembre 2014, n. 162)*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, 3° ed. Milano, 2015, 2524.

[3] In tal senso D'ALESSANDRO, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio - la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. It.*, 2015, 5, 1278, spec. nt. 5, nota come gli strumenti di nuovo conio non siano perfettamente fungibili ai procedimenti giurisdizionali. Infatti, solo ricorrendo al giudizio statale i coniugi possono usufruire del gratuito patrocinio, nonché godere della difesa di un unico congiunto rappresentante tecnico. I modelli "*degiurisdizionalizzati*" di risoluzione della crisi coniugale non hanno, dunque, portata generale, ma sono praticabili unicamente per la «*separazione personale*», per la «*cessazione degli effetti civili del matrimonio*», ovvero, per il suo «*scioglimento nei casi di cui all'art. 3, primo comma n. 2, lett. b, della legge n. 898/70 e successive modifiche*» e, in tale ultimo caso, unicamente per l'ipotesi di protratta separazione dei coniugi, nonché per la modifica delle condizioni di separazione e divorzio.

nale[4], consentono all'accordo delle parti di conseguire esso stesso l'effetto di incidere, modificandolo, sullo *status* di coniugi, di determinarne i rapporti patrimoniali, di prevedere - il caso è solo quello della negoziazione assistita[5] - la stessa regolamentazione dei rapporti genitori-figli.

La previsione di separazioni e divorzi basati sul ricorso a forme semplificate, non giurisdizionali, non si esaurisce in ambito nazionale rappresentando, invero, un fenomeno che - sebbene in maniera non omogenea - si è sviluppato in tutto lo spazio europeo[6]. Tale tendenza ha assunto un'inevitabile rilievo euro-comunitario suscitando un vivo interesse sul versante della cooperazione giudiziaria civile che va dall'ambito spaziale di operatività delle norme interne che li disciplinano, alla possibilità di siglare accordi di separazione e divorzio disciplinati da leggi sostanziali straniere, all'importante questione relativa alla circolazione nello spazio giudiziario europeo[7] degli accordi stragiudiziali di separazione e divorzio.

Il presente scritto ha ad oggetto il solo tema della circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi in materia di divorzio e separazione formatesi nell'ordinamento italiano ai sensi degli artt. 6 e 12 della legge n. 162/2014. Gli aspetti problematici che analizzeremo nelle pagine che seguono sono il frutto dell'operare di una duplicità di fattori: da un lato, una legislazione europea che solo recentemente, nonché per singole previsioni, ha iniziato a prenderli esplicitamente in considerazione, dall'altro lato, una normativa nazionale che non sempre riesce ad offrire una certa qualificazione giuridica degli accordi in parola.

2. Pluralità di regolamenti europei

Principiando dal primo profilo occorre evidenziare come, sebbene il 2 luglio di quest'anno sia stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea legge 178 il testo del Regolamento n. 1111/2019[8] che introduce nuove regole sul riconoscimento di separazioni e divorzi basati sul ricorso a forme semplificate, tuttavia le problematiche relative alla loro circolazione nello spazio giudiziario europeo solo in parte trovano risposta nel nuovo Regolamento a causa della tecnica normativa utilizzata.

La circolazione dei provvedimenti in materia matrimoniale è, invero, in linea generale, caratterizzata dal fatto che a livello di normazione europea questi non sono presi in considerazione come decisioni unitarie, ma scomposti per singole previsioni in ragione del rapporto su cui incidono[9]. Il risultato ne è «*un corpo testuale di fatto dissezionato in una pluralità di membra, che vivono della e nella loro parziale autonomia*»[10].

Più nel dettaglio, mentre il nuovo Regolamento n. 1111/2019, che sostituisce il Regolamento n. 2201/2003 (Bruxelles II-bis)[11], a sua volta sostitutivo del previgente Regolamento n. 1347/2000, disciplina competenza, ri-

[4] Sulla natura costitutiva necessaria dei procedimenti di separazione personale e di divorzio sino all'intervento legislativo del 2014si v., per tutti: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 1980; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 25 ss. nonché 221 s.; CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in Graziosi (a cura di), *I processi di separazione e di divorzio*, II ed., Torino, 2011. Ma si v. anche PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva,* Milano, 1998, 453 ss., 492 ss., che nega la natura costitutiva delle azioni di invalidità del matrimonio e di stato.

[5] Come meglio di seguito indicato nel testo, le previsioni relative al rapporto genitori-figli sono estranee agli accordi di fronte al Sindaco di cui all'art. 12 della legge n. 162/2014. Sul punto v. *amplius infra.*

[6] Invero, il fenomeno assume una dimensione ben più ampia di quella europea. Per le diverse esperienze europee si v. in Francia la legge n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 che ha effettivamente prodotto una degiurisdizionalizzazione del divorzio. In commento alla legge francese cfr., per tutti, EGÉA, *Il divorzio consensuale senza giudice nel diritto francese (traduzione italiana)*, in AA.VV. S*epararsi e divorziale senza giudice*?, a cura di Besso e Lupano, Torino, 2018, 79 ss. Per lo sviluppo anche in Inghilterra di metodi alternativi alla risoluzione del conflitto anche in materia di famiglia v. MOSTATI, *Risoluzione dei conflitti alternativa al giudizio e diritto di famiglia in Inghilterra*, in AA.VV., *Separarsi e divorziare senza giudice?*, cit., 98 ss.

[7] Individua i temi indicati nel testo D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale civile europeo*, in AA.VV., S*epararsi e divorziale senza giudice*?, cit., 109 ss., spec. 110.

[8] Il nuovo Regolamento è stato adottato dal Consiglio europeo il 25 giugno 2019 con la speciale procedura stabilita per il settore del diritto di famiglia che prevede l'unanimità dei membri del Consiglio previa consultazione del Parlamento Europeo.

[9] Sulla tecnica normativa utilizzata dal legislatore comunitario v., per tutti, SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, 1287, spec. 1294.

[10] Sono parole di COSTANTINI, *La crisi matrimoniale fattispecie di estraneità*, nella relazione gentilmente offerta in bozza.

[11] Per un'analisi del Regolamento n. 2201/2003 v. per tutti, M.A. LUPOI, *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale europeo*, a cura di Taruffo e Varano, Torino, 2011, 107 ss.

conoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione di minori, la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari continua, invece, ad essere disciplinata dal Regolamento n. 4/2009[12].

Pertanto, come è immediatamente percepibile, la circolazione degli accordi stragiudiziali di separazione e divorzio può astrattamente ricadere - a seconda del contenuto dell'accordo - ora (per le previsioni concernenti lo *status* coniugale nonché per quelle relative alla responsabilità genitoriale) sotto la disciplina del Regolamento n. 1111/2019, ora (per le obbligazioni alimentari) sotto quella del Regolamento n. 4/2009.

Si è, dunque, di fronte ad un panorama solcato da interventi assolutamente frammentari. La conseguenza è che la nuova disciplina di cui all'art. 65 del Regolamento n. 1111/2019, se risolve alcune problematiche relative al riconoscimento degli accordi negoziati/di fronte al Sindaco[13], non interviene ove la regolamentazione in questi contenuta si estenda anche alle obbligazioni alimentari, per cui continua ad operare, invece, il Regolamento n. 4/2009, che non contiene alcun esplicito riferimento a strumenti stragiudiziali di risoluzione della crisi matrimoniale.

Le problematiche legate alla frammentarierà della normativa comunitaria sono, peraltro, amplificate dalla mancata uniformità delle discipline regolamentari che, non solo prevedono differenti modalità di riconoscimento ed esecuzione delle determinazioni, ma anche un'eterogenea tipologia di atti extragiudiziali idonei alla circolazione nello spazio giudiziario europeo.

Le maggiori criticità, come di seguito ampiamente indicato, si sono concentrate sulla procedura di cui all'art. 6 che, nel prevedere un accordo privato assoggetato al *controllo giurisdizionale*, lo comprime tra una normativa nazionale incapace di conferigli una chiara qualificazione giuridica ed una legislazione europea che limita la circolazione ad alcuni soltanto degli atti stragiudiziali[14].

3. Accordi matrimoniali: natura giuridica degli accordi di fronte al Sindaco

Più nel dettaglio, gli accordi in materia matrimoniale di cui alla legge n. 162/2014 sono oggetto di due specifiche disposizioni: l'art. 6, che disciplina la negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte, e l'art. 12 che regolamenta, invece, l'accordo dei coniugi redatto di fronte al Sindaco in qualità di Ufficiale dello Stato Civile.

Se entrambe le disposizioni in parola sostanziano la rappresentazione plastica di come il diritto di famiglia si stia ormai inconfondibilmente dirigendo «*nel segno di una sempre maggiore rilevanza della volontà delle parti e di una crescente "consensualizzazione" degli istituti*»[15], queste disciplinano però strumenti di risoluzione della crisi di coppia assolutamente differenti per presupposti di applicazione e modalità procedurali.

Mentre, infatti, il ricorso alla procedura di cui all'art. 12 della citata legge è possibile solo in assenza di «*figli minorenni ovvero maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti*» ovvero di «*patti di trasferimento patrimoniale*»[16], la negoziazione assistita investe, invece, un'area più estesa, in quanto applicabile anche a fattispecie in cui vi siano figli minori, ovvero, i coniugi intendano regolamentare i loro rapporti patrimoniali. Inoltre, mentre nella negoziazione assistita permane, ancorché nella forma dell'intervento del Procuratore della Repubblica, un controllo giurisdizionale, più o meno pregnante a seconda che vi siano o meno figli minori, nella procedura di cui all'art. 12, fonte esclusiva di risoluzione della crisi familiare è l'accordo delle parti su

[12] Per un commento al Regolamento n. 4/2009 *cfr.*, tra più: QUERZOLA, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale europeo,* cit., 143 ss. Oltre ai provvedimenti indicati, la materia familiare trova regolamentazione anche in altre fonti di non specifico rilievo per il tema trattato quali i Regolamenti nn. 1103/2016 e 1104/2016 (che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, il primo, e parti delle unioni registrate il secondo).

[13] In particolare per le previsioni concernenti lo *status* coniugale e, per gli accordi di negoziazione assistita, anche quelle concernenti i rapporti genitori/figli.

[14] Se il Regolamento n. 1111/2019 risolve il problema della circolazione nello spazio giudiziario europeo delle previsioni concernenti lo *status* coniugale ed i rapporti genitori-figli, queste continuano a sussistere per quanto riguarda, invece, le disposizioni in tema di obbligazioni alimentari.

[15] Sono parole di DANOVI, *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze, in Riv. Arb., 2016, 49 ss., spec. 57.*

[16] La questione relativa alla portata del divieto normativo di trasferimenti patrimoniali necessita di essere precisata. E, infatti, la terminologia utilizzata dal legislatore del 2014, il quale espressamente si riferisce a *patti di trasferimento e non patti patrimoniali*, ha fin dall'entrata in vigore della legge, sollevato problemi interpretativi. Sul punto *amplius infra* § 7.

cui il Sindaco, in qualità di Ufficiale di Stato Civile, esercita una verifica dei soli aspetti formali.
Più nel dettaglio, partendo dall'accordo di cui all'art. 12, occorre evidenziare come questo si formi attraverso la manifestazione[17] della volontà dei coniugi di separarsi o divorziare - da confermare a distanza di trenta o più giorni[18] - all'Ufficiale dello Stato Civile che la recepisce nell'atto da lui redatto e sottoscritto[19].
L'accordo per espressa disposizione del comma 3 dell'art. 12 «*tiene luogo dei provvedimenti giudiziali*» che definiscono i procedimenti interessati. L'equiparazione ai provvedimenti giudiziali - peraltro limitata agli effetti che possiamo definire principali ovvero modificativi del vincolo coniugale nonché economici[20] - sostanzia la più significativa novità introdotta dalla legge n. 162/2014[21], in quanto realizza il trasferimento di una materia, tradizionalmente affidata alla magistratura, alla pubblica amministrazione (Sindaco o di un suo delegato *ex* art. 1, d.p.r. n. 393/2000).
Con la disposizione in parola si è inteso attribuire ad un atto proveniente da un organo amministrativo gli effetti dell'atto giurisdizionale, ma non per questo il provvedimento assume natura diversa da quella propria dell'organo emittente: è la stipula di fronte al Sindaco, quale Ufficiale dello Stato Civile, ad attribuire - e né altrimenti potrebbe essere - natura di atto pubblico all'accordo redatto in quella sede.
Se appare, dunque, chiaro come l'accordo stipulato dai coniugi di fronte al Sindaco possa circolare nello spazio giudiziario europeo alla stregua di un qualsiasi atto pubblico a cui lo Stato di origine attribuisce efficacia esecutiva, maggiori complicazioni mostra, invece - come anticipato - la circolazione nello spazio giudiziario europeo della negoziazione assistita munita di nullaosta ovvero di autorizzazione del Procuratore della Repubblica. 1.

3.1. Segue. La natura giuridica dell'accordo negoziato munito di nullaosta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica

Anche l'art. 6, comma 3, della legge n. 162/2014, prevede espressamente che l'accordo negoziato munito di nullaosta o autorizzazione della procura della Repubblica produce «*gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali*» che definiscono i procedimenti di separazione e divorzio.
Tale *equiparazione degli effetti* della negoziazione assistita ai corrispondenti atti giurisdizionali non è, però, sufficiente a garantire la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle sue singole previsioni relative alla modificazione dello *status* di coniuge o di adozione dei provvedimenti di affidamento e mantenimento dei figli o dell'altro coniuge come fossero contenute in sentenze di analogo contenuto.
Allo stesso modo questo non appare riconducibile all'atto pubblico, il quale - come indicato - trae la sua autorità dalla competenza di colui che lo forma. E, infatti, sebbene l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale si sia negli ultimi anni orientata a riconoscere agli avvocati alcuni poteri di certificazione, sino a giungere in alcuni ambiti ad attribuirgli la qualifica di pubblico ufficiale[22] e nonostan-

[17] La volontà dei coniugi deve essere manifestata all'Ufficiale di Stato Civile personalmente. È possibile che le parti si presentino di fronte all'Ufficiale di Stato Civile accompagnati dai loro avvocati. La Circolare ministeriale n. 19/2014 chiarisce, poi, come l'assistenza di uno o più avvocati, risultando meramente facoltativa, non gli conferisca alcun diritto di rappresentanza delle parti.

[18] *Ex*art. 12, comma 3, della legge n. 162/2014, l'Ufficiale di Stato Civile rivolge ai coniugi l'invito a comparire nuovamente per confermare tale volontà. La disposizione ha un duplice scopo: accanto alla funzione di garantire un'adeguata ponderazione delle parti circa l'importanza della dichiarazione resa, atteso che il c.d. *diritto di ripensamento* è limitato alle sole determinazioni relative al divorzio o alla separazione, non anche a quelle di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, questa - come indicato dalla Circolare ministeriale n. 19/2014 - assolve anche la funzione di consentire, nel periodo che va dalla data dell'atto e quella della sua conferma, all'ufficio dello stato civile di svolgere i relativi controlli. Se la mancata comparizione di fronte all'Ufficiale di Stato Civile a distanza di trenta o più giorni equivale alla mancata conferma dell'accordo, questa produce, invece, gli effetti di un provvedimento giudiziale decorrente non già dal dì della seconda comparizione, bensì dalla data dell'atto contenente l'accordo (sul punto cfr. la Circolare n. 19/2014).

[19] Quello operato dall'Ufficiale di Stato Civile è un controllo meramente formale. In tal senso v.: CAPORUSSO, *Art. 12*, in AA.VV. *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel d.legge 132/2014 convertito in legge162/2014*, Roma, 2015, 137; BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco, in Corriere Giur.*, 2015, 515 ss., spec. 524; DANOVI, *Il d.legge n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio, in Fam. e Dir.*, 2014, 949 ss., spec. 953.

[20] Sulla regolamentazione dei rapporti economici tra coniugi v. *infra § 7.*

[21] Così LUPOI M.A., *Separazione e divorzio, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2015, 283, spec. 284, che definisce tale intervento legislativo «rivoluzionario».*

[22] Come rilevato da SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, cit., 1293, mentre l'art. 5, comma 2, legge n. 162/2014 riconosce all'avvocato il potere di certificare l'autografia del-

te - in deroga alle regole dettate per la negoziazione assistita di cui ai precedenti artt. 2-5 della legge n. 162/2014 - l'art. 6 disponga espressamente la necessità che l'accordo in materia di separazione ecc. venga raggiunto attraverso un procedimento caratterizzato dalla presenza di almeno un avvocato per parte, chi scrive è dell'idea che l'attività dell'avvocato, come quella successivamente svolta dal Procuratore della Repubblica, rappresentino solo un'attività di controllo dell'operare della volontà privata.
Ma spieghiamo meglio questo essenziale passaggio.
La presenza di un avvocato per parte[23] è finalizzata a garantire le diverse posizioni coinvolte e appare - senza collidere con il carattere negoziale dell'istituto - il risultato dell'imprescindibile necessità di ponderare gli interessi coinvolti[24].
I coniugi, assistiti dunque dagli avvocati, conclusa la convenzione di negoziazione assistita in forma scritta[25], dovranno, se questa riesce, verosimilmente in duplice originale, siglare e sottoscrivere l'accordo, unitamente agli avvocati, che ne certificano l'autografia e la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico (artt. 5 e 6, comma, legge n. 162/2014)[26].
Tuttavia, tale accordo, a differenza di quello di cui all'art. 2 della legge n. 162/2014, per produrre gli effetti del provvedimento giurisdizionale di analogo contenuto, dovrà - a cura anche di uno solo degli avvocati - essere trasmesso, entro dieci giorni, alla competente procura della Repubblica[27], che dovrà, a sua volta, provvedere entro i successivi cinque giorni al controllo richiesto dalla legge[28].
Le modalità e l'ambito del controllo del Procuratore della Repubblica, come accennato, variano in modo significativo a seconda delle diverse fattispecie.
Segnatamente, in assenza di figli minori, l'art. 6, legge n. 162/2014 prevede semplicemente che il Procuratore della Repubblica[29], ove non ravvisi irregolarità, «*comunica agli*

le firme, nonché la conformità dell'accordo di negoziazione assistita all'ordine pubblico, l'art. 6, comma 1, legge n. 53 del 1994, nel conferirgli poteri di notifica via *pec*, giunge a considerare l'«*avvocato o il procuratore legale, che compila (la relazione o le attestazioni di cui agli articoli 3, 3- bis e 9) o le annotazioni di cui all'articolo 5, (…) pubblico ufficiale ad ogni effetto*».

[23] La previsione di cui all'art. 6, comma 1, legge n. 162/2014 relativa alla presenza di almeno due difensori (uno per parte), in deroga al disposto di cui all'art. 2 della citata legge, è invero stata oggetto di critica della dottrina (CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio*, cit., 10711) che ha evidenziato come la stessa appaia collidere con la possibilità, riconosciuta alle parti, in sede di separazione consensuale (art. 711, comma 1, c.p.c.) e divorzio congiunto (art. 4, comma 16, legge div.), di conferire mandato ad un unico e condiviso difensore di fiducia.

[24] Conseguentemente, questi proprio in considerazione della particolare rilevanza dei compiti e delle responsabilità che la legge gli assegna devono, non solo essere uno per parte (così Trib. Palermo, 25 marzo 2016, in *Dir. Fam.*, 2016, 834, con nt. GIAIMO, *Negoziazione assistita nelle controversie familiari e difesa personale della parte. Appunti comparatistici*),ma anche inevitabilmente, soggetti distinti ed indipendenti rispetto ai loro assistiti (così Trib. Torino, 13 maggio 2016, in *Giur. It.*, 2016, 2162, con mia nota *Negoziazione assistita in materia di famiglia - questioni varie in tema di negoziazione assistita in materia famigliare,* che in relazione alla facoltà delle parti di farsi assistere da avvocati appartenenti allo stesso studio ha espresso il principio per cui «*il requisito della presenza di almeno due difensori (uno per parte) non è soddisfatto là dove i due avvocati facciano parte dello stesso studio legale*»).

[25] L'accordo è preceduto dalla convenzione di negoziazione. Questa è una sorta di primo accordo che le parti stipulano al fine di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere amichevolmente la loro vicenda. Secondo D'ALESSANDRO, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio - la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., 1280, se sicuramente nella convenzione deve essere indicato l'oggetto della negoziazione, nulla esclude, essendo il contenuto della convenzione rimesso alla libertà negoziale dei coniugi, che questi scelgano di limitarlo ai soli «*profili relativi allo* status*, riservandosi di negoziare in altra sede i profili economici della separazione o del divorzio*».

[26] Nell'accordo, ai fini del rispetto dei requisiti previsti dalla legge, gli avvocati dovranno, altresì, indicare di aver tentato la conciliazione delle parti, informandole anche della possibilità di esperire la mediazione familiare, nonché, in presenza di prole minore ecc., dell'importanza per il figlio di trascorrere tempi adeguati con ciascun genitore (art. 6, comma 3, legge n. 162/2014).

[27] La competenza spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario civile competente in caso di separazione consensuale, di divorzio congiunto ovvero di modifica delle condizioni di separazione o divorzio a norma degli artt. 706 c.p.c. e 4 della legge n. 898 del 1970 sul divorzio.

[28] Trattasi, in conformità a quanto richiesto dall'art. 152, comma 2, c.p.c., di termini ordinatori e non perentori. Sebbene gli indicati termini siano espressamente previsti dal testo dell'art. 6 della legge n. 162/2014 per il solo caso di coppie con figli, non sembra che la lacuna normativa comporti significative conseguenze. E, infatti, le diverse Procure si sono di fatto organizzate nel disciplinare i tempi entro cui provvedere predisponendo specifiche linee giuda. In tal senso v. anche DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, *in Fam. e Dir.*, 2014, 1141 e ss., spec. 1143, nt. 3.

[29] In tal caso l'intervento del Procuratore della Repubblica mira a certificare la mera regolarità formale dell'accordo. Il suo controllo è, dunque, limitato al rispetto della competenza, all'esistenza ed alla forma scritta dell'accordo di negoziazione assistita, all'assenza di figli bisognosi di protezione e alla presenza di almeno un avvocato per parte, nonché alla verifica dell'attività dei difensori (ovvero dell'avvenuta certificazione da parte loro dell'autografia delle sottoscrizioni dei coniugi, della dichiarazione di conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, nonché dell'adempimento delle informative richieste dall'art. 6, comma 3, legge n. 162/2014).

avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3»[30]. Viceversa, ove nella risoluzione della crisi di coppia siano coinvolti anche i figli minorenni, la necessità di tutelarne l'interesse comporta un controllo - che prende il nome di autorizzazione - da parte del Procuratore della Repubblica ben «*più pregnante e capillare*»e tale da espandersi «*al merito dell'intesa raggiunta dalle parti e alla sua effettiva rispondenza all'interesse dei soggetti minori*»[31].
Insomma, in presenza di figli minorenni, il sindacato del Procuratore della Repubblica non si limita ai profili formali, ma si estende al merito dell'accordo e, in particolare, alla sua rispondenza all'interesse dei soggetti da tutelare. Inoltre, ove il Procuratore non ravvisi l'accordo negoziato conforme all'interesse dei minori, lungi dal munirlo di autorizzazione, lo trasmette al Presidente del Tribunale, chiamato - *ex* art. 6 - nei successivi trenta giorni a fissare «*la comparizione delle parti e provvede*(re) *senza ritardo alla trattazione del procedimento*».
Prima di verificare, il tipo di controllo effettuato dal Presidente del Tribunale e, quindi, la natura del provvedimento pronunciato all'esito del procedimento di fronte a lui instaurato e concentrandoci per ora sull'accordo munito di nullaosta o autorizzazione del Procuratore della Repubblica, occorre, da quanto si qui indicato, rilevare come ciò che è destinato a circolare nello spazio giudiziario europeo - sebbene assoggettato al duplice vaglio degli avvocati e del Procuratore - sia, non già un atto giurisdizionale, ma un semplice *accordo privato* cui la legge riconosce *efficacia esecutiva*[32].

3.2. Segue. Accordo negoziato autorizzato dal Presidente del Tribunale

Il discorso è, invece, diverso quando il Procuratore della Repubblica, non ravvisando la rispondenza dell'accordo all'interesse dei minori, non lo autorizzi, disponendone la trasmissione al Presidente del Tribunale.
La problematica relativa al controllo operato dal Presidente del Tribunale è fortemente connessa al tipo di provvedimento conclusivo del procedimento instaurato di fronte a lui, qualificazione quest'ultima importantissima per determinarne le modalità di circolazione nello spazio giudiziario europeo.
Più nel dettaglio, la generica formulazione - che non individua né le forme né i limiti operativi del Presidente del Tribunale - dell'art. 6 della legge n. 162/2014 ha portato la giurisprudenza, soprattutto nelle sue prime applicazioni, a prospettare diverse linee interpretative.
Secondo un primo orientamento offerto dal Tribunale di Torino[33], il Presidente del Tribunale, lungi dal valutare lui stesso la conformità dell'accordo all'interesse dei minori, si limiterebbe ad invitare le parti ad uniformarsi alle prescrizioni del Procuratore della Repubblica. Il ruolo del Presidente del Tribunale sarebbe, dunque, secondo l'impostazione in parola, solo quello di illustrare alle parti i rilievi del Procuratore della Repubblica, senza mai potersi discostare da quanto indicato da quest'ultimo. Conseguentemente - sempre a detta del Giudice torinese - in caso di mancata accettazione delle parti delle modifiche all'accordo proposte dal Procuratore della Repubblica, l'unica via sarebbe il deposito del ricorso per separazione consensuale o divorzio congiunto[34].
Una tale linea interpretativa è stata, di li a pochi mesi, avversata dal Tribunale di Pistoia[35] che, sulla scia di parte della dottrina[36], ha, invece, optato per la completa *rigiurisdizionalizzazione* del procedimento: il passaggio al-

[30] La comunicazione del nullaosta, come della stessa autorizzazione, sostanzia per gli avvocati un momento proceduralmente assai significativo, dato che rappresenta il *dies* da cui decorre il termine di dieci giorni per provvedere alla trasmissione della copia autenticata dell'accordo all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto per l'espletamento dei relativi adempimenti pubblicitari. La ritardata trasmissione, tanto dell'accordo autorizzato che di quello munito di nullaosta, è sanzionata dall'art. 6, comma 4, legge n. 162/2014.

[31] Sono parole di DANOVI, *Il p.m. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. Dir.*, 2017, 69 ss., spec. 77.

[32] Ciò in quanto l'attività svolta dalla Procura delle Repubblica, anche nel caso in cui il controllo sia più pregnante spingendosi sino alla valutazione di merito dell'accordo, giammai potrà qualificarsi come attività giurisdizionale, rimanendo mero atto di controllo di un atto avente natura privatistica.

[33] Cfr. Trib. Torino, 15 gennaio 2015, in *Fam. Dir.*, 2015, 4, 390, con nt. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali.*

[34] Più nel dettaglio, secondo Trib. Torino, 15 gennaio 2015, cit., la mancata ricezione delle indicazioni del Procuratore della Repubblica sarebbe di ostacolo all'autorizzazione presidenziale che dovrebbe disporre l'archiviazione del fascicolo a causa dell'impossibilità di procedere. Conseguentemente, i coniugi, che non intendano modificare l'accordo secondo quanto ipotizzato dal Procuratore della Repubblica, saranno costretti ad instaurare un giudizio ordinario. *Contra* TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., 394, che criticamente, s'interroga sull'economia processuale di tale scelta.

[35] Trib. Pistoia, 16 marzo 2015, in *ilFamiliarista*, con nt. COSMAI.

[36] *Cfr.:* TOMMASEO, *S eparazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., 394; MANDRIOLI-CAR-

la fase presidenziale comporterebbe esso stesso automaticamente l'apertura di un procedimento giurisdizionale identico, per forme e contenuti, a quello di separazione consensuale o, alternativamente, di divorzio su domanda congiunta.
Accanto a tali primi indicati orientamenti, la successiva giurisprudenza[37] sembra, invece, essersi uniformata in senso completamente diverso: questa individua in capo al Presidente del Tribunale gli stessi poteri valutativi attribuiti al Procuratore della Repubblica. La mancata autorizzazione dell'accordo da parte di quest'ultimo comporta - in quest'ottica - la necessità che le parti, lungi dal dover intraprendere la via giudiziale, chiedano direttamente al Presidente del Tribunale, nel procedimento *ex* art. 6, comma 2, legge n. 162/2014, l'approvazione delle clausole dell'accordo aventi ad oggetto la posizione dei figli in contrasto con i rilievi del Procuratore della Repubblica.
Insomma, secondo tale ultima impostazione, la mancata autorizzazione dell'accordo negoziato produrrebbe di per sé «*il trasferimento dalla Procura della Repubblica al Presidente del Tribunale del compito di valutare se l'accordo è conforme all'interesse dei minori*»[38], mentre la trasformazione del procedimento di negoziazione assistita in procedimento giurisdizionale sarebbe possibile solo a seguito di espressa domanda di parte[39].
Se, dunque, quello da ultimo enunciato appare essere un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, possiamo dire che l'idea al momento dominate è che neanche il procedimento istaurato di fronte al Presidente del Tribunale si concluda con un atto di natura giurisdizionale. L'attività presidenziale svolta all'esito del diniego di autorizzazione della Procura della Repubblica non è qualificabile quale attività giurisdizionale in senso proprio, bensì di volontaria giurisdizione che, se inidonea alla risoluzione della controversia su diritti soggettivi, nonché alla formazione di un accertamento con efficacia di giudicato, è, tuttavia, compatibile con la funzione valutativa della conformità dell'accordo all'interesse della prole. Quindi l'atto reso all'esito della valutazione presidenziale altro non è che un accordo formatesi nell'ambito di un giudizio.
La, pur rapida, carrellata ricostruttiva del tipo di provvedimento ottenuto all'esito di tali metodi stragiudiziali di risoluzione della crisi familiare è - come indicato - molto importante per comprenderne le modalità di circolazione nello spazio giudiziario europeo delle loro singole disposizioni, soprattutto là dove le nuove vie stragiudiziali di risoluzione della crisi di coppia non siano prese in considerazione dal legislatore comunitario.

4. Le problematiche sollevate dal Regolamento n. 2201/2003 alla circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di cui agli artt. 6 e 12 della legge n. 162/2014

Il Regolamento n. 1111/2019, che verrà a sostituire il Regolamento n. 2201/2003 ed entrerà in vigore a far data dal 1 agosto 2022, costituisce la base normativa della materia in oggetto, anche se non la esaurisce, essendo - come anticipato - le obbligazioni alimentari disciplinate dal Regolamento n. 4/2009[40].
Più nel dettaglio, questo mantiene il campo di applicazione del Regolamento n. 2201/2003 ed è riferibile a separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio (art. 1, n. 1, lett. a)) ovvero a tutti i provvedimenti concernenti lo *status* coniugale, oltre che ai rapporti genitori/figli minorenni (art. 1, n. 1, lett. b)): il Regolamento copre l'«*attribuzione, l'esercizio, la delega, la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale*».
Il successivo n. 2 della disposizione in oggetto precisa poi come, nella responsabilità genitoriale, rientrino: « *a) il di-*

RATTA, *Diritto processuale civile,* III, Torino, 2015, 156; BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in *www.judicium.it*, 2014; CECCHELLA, *La negoziazione dei diritti del minore*, in *Scritti offerti dagli allievi a F. P. Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di Bove, Torino, 2017, 145 ss., spec. 161; M.A. LUPOI , *Separazione e divorzio*, cit., 295.

[37] Il primo ad sostenere tale impostazione è stato il Trib. Termini Imerese, 24 marzo 2015, in *Giur. It.*, 2015, 1079, con mia nota, *Prime riflessioni sui poteri presidenziali,* ex *art. 6, 2° comma, d.l. n. 132/2014, convertito in legge n. 162/2014*. Successivamente orientamento in parola è stato seguito da: Trib. Palermo, 1 dicembre 2016; Trib. Torino, 13 maggio 2016, cit.; Trib. Torino, 20 aprile 2016, in *Dir. Fam.*, 2015, 4, I, 1385, con nt. MASONI, *Negoziazione assistita in ambito familiare e problemi procedurali connessi.*

[38] Così LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Ed. X, Milano, 2019, 109.

[39] Il riconoscimento in capo al Presidente del Tribunale degli stessi poteri valutativi del Procuratore della Repubblica appare coerente anche con l'idea per cui quest'ultimo, nel negare l'autorizzazione, non avrebbe l'onere di indicare specificamente e dettagliatamente alle parti i termini dell'accordo, ma «*soltanto il dovere di verificare se l'accordo risponde o no all'interesse dei figli*». Sulla mancanza di tale onere in capo al procuratore v. TOMMASEO,*Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., 395.

[40] In particolare è proprio l'art. 1, n. 4, lett. e) del Regolamento n. 1111/2019, che individua tra le materie escluse le obbligazioni alimentari. Sul significato dell'espressione comunitaria obbligazioni alimentari v. *infra* in nota § 7.

ritto di affidamento e il diritto di visita; b) la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi; c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano; d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto; e) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore»[41].

Gli accordi raggiunti dai coniugi in sede di negoziazione assistita, così come di fronte al Sindaco, contenenti le disposizioni rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 1111/2019 beneficiano, dunque, ora del nuovo regime di cui al suo art. 65 nella cui epigrafe si legge «*riconoscimento ed esecuzione degli atti pubblici e degli accordi*».

Con la previsione di un'apposita disposizione, che tiene conto della sempre maggiore presenza di una normazione statale mirante alla degiurisdizionalizzazione della crisi di coppia, il legislatore europeo ha inteso superare le difficoltà interpretative poste dal Regolamento n. 2201/2003.

Il Regolamento n. 2201/2003, che - si ricorda - rimarrà in vigore sino all'agosto 2022, è stato, infatti, oggetto di una duplice opzione interpretativa in ordine alla regolamentazione del riconoscimento ed esecuzione degli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita come di fronte al Sindaco.

Segnatamente, accanto ad una lettura estensiva in grado di ascrivere gli accordi in questione alla nozione di decisione del titolare di «*competenze equivalenti a quelle del giudice*»[42] considerando tali le competenze relativamente degli Avvocati, Procuratore della Repubblica o Sindaco[43], si pone, invece, chi più linearmente ritiene applicabile agli accordi di cui agli artt. 6 e 12 della legge n. 162/2014 il regime di circolazione previsto dall'art. 46 del Regolamento n. 2201/2003 il quale estende agli «*atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché* (a)*gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine*» le regole di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giurisdizionali[44].

Tuttavia, se la tecnica di riconoscimento di cui all'art. 46 del Regolamento n. 2201/2003 non pone dubbi per la circolazione dell'efficacia esecutiva degli accordi negoziati nella parte in cui disciplinano i rapporti genitori/figli, qualche dubbio in più si pone in relazione al riconoscimento delle prescrizioni di questi relative alla modifica dello *status* di coniuge.

È, infatti, la stessa Corte di Giustizia, nella pronuncia *Sahyouni*, ad essersi espressa per una nozione di divorzio di cui al Regolamento n. 2201/2003 tale da «*ricomprende (re) unicamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o sotto il suo controllo*»[45], ingenerando il dubbio se il controllo per il rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione da parte del Procuratore della Repubblica sia di per sé sufficiente ad integrare l'intervento dell'autorità pubblica.

5. La circolazione dei c.d. divorzi privati[46] nello spazio giuridico europeo alla luce del Regolamento1111/2019

Se, come auspicato dalla Corte di Giustizia nella citata decisione, l'inclusione dei c.d. divorzi di natura pri-

[41] Come evidenziato da SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, cit., 1296, in merito al Regolamento n. 2201/2003, ma ripetibile anche in riferimento al Regolamento n. 1111/2019 la previsione relativa alla responsabilità genitoriale del «*Regolamento in questione si applica indipendentemente sia dal tipo di autorità giurisdizionale emittente la decisione, sia dalla natura totalmente interna della statuizione, ben potendo esservi l'interesse al suo riconoscimento in uno Stato diverso da quello d'origine, come nel caso in cui uno dei coniugi, o un genitore, si trasferisca all'estero*».

[42] Di cui al n. 2 della definizione dell'art. 2 del Regolamento n. 2201/2003 per cui il termine « *"giudice": designa il giudice o il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione*» del Regolamento in oggetto.

[43] Secondo D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, in AA.VV., *Separarsi e divorziale senza giudice*?, cit., 116, la stessa Circolare del Ministero della Giustizia del 23 maggio 2018 sembrerebbe, in relazione all'accordo negoziato munito di nullaosta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica, aver optato per questa via, dal momento che questa stessa specifica come il certificato di cui all'art. 39 del Regolamento n. 2201/2003 deve essere emesso al Procuratore della Repubblica che ha autorizzato l'accordo o rilasciato il nullaosta.

[44] In tal senso: SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, cit., 1297; D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, in A.A. VV., cit., 116

[45] Corte Giust. UE, sez. I, sentenza 20 dicembre 2017 - causa C-372/16, *Soha Sahyouni* contro *Raja Mamisch*, pubblicata in appendice AA.VV., *Separarsi e divorziale senza giudice*?, cit., 159 ss., § 48.

[46] Il termine «*divorzio privato*» è stato per la prima volta utilizzato dalla Corte di Giustizia UE, sez. I, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-372/16, *Sahyouni vs. Mamisch,* cit., per indicare il divorzio, come anche la separazione, ottenuti in via stragiudiziale.

vata nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 2022/2003 «*richiederebbe scelte che ricadono sulla sola competenza del legislatore*»[47], questo non è mancato e di lì a poco d'intervenire.
Più nel dettaglio, all'art. 65, comma 1, del nuovo Regolamento si è, infatti - come anticipato - espressamente previsto che gli atti pubblici e gli accordi in materia di separazione e divorzio siano riconosciuti automaticamente in tutti gli Stati membri qualora possiedano effetti giuridici vincolanti nello Stato di origine e siano stati registrati dall'autorità di uno Stato che risulti competente sulla base dei medesimi criteri di competenza che il Regolamento stabilisce per l'attività delle autorità giurisdizionali.
Gli accordi di negoziazione assistita/di fronte al Sindaco nella parte in cui contengono previsioni concernenti lo *status* di separato/divorziato beneficiano, dunque, del regime di riconoscimento che il Regolamento n. 1111/2019 prevede per le decisioni dell'autorità giudiziale: il *riconoscimento* è automatico ed avviene perciò «*senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento particolare*», ma con la sola produzione di una copia dell'atto pubblico o dell'accordo in materia di separazione o divorzio e dell'apposito certificato di cui all'art. 66.
Ciascuna parte interessata può, in ogni caso, conformemente alle procedure di cui dall'art. 59 all'art. 62 far dichiarare in via giurisdizionale - alla stregua di quanto avviene per le decisioni dell'autorità giurisdizionali straniere - la presenza o l'assenza di motivi ostativi al riconoscimento dell'atto pubblico o dell'accordo negoziato[48]. Più nel dettaglio, ostano al riconoscimento dell'atto pubblico o dell'accordo negoziato la contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto, ad altra decisione emessa nello Stato richiesto, ovvero ad altra decisione anteriore resa in altro Stato membro o in uno Stato terzo purché riconoscibile (art. 68 comma 1, Regolamento n. 1111/2019)[49].
Insomma, i motivi ostativi al riconoscimento degli atti pubblici e degli accordi in materia di separazione e divorzio sono gli stessi previsti per le decisioni aventi analogo contenuto ad esclusione del riferimento alla violazione del contraddittorio in quanto non pertinente alla vocazione negoziale degli stessi[50].
Inoltre, al fine di rendere più semplice e sicuro il riconoscimento, su istanza di parte, l'autorità chiamata alla registrazione e comunicata alla Commissione («*l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente dello Stato membro*») deve a norma dell'art. 66 lett. a) del nuovo Regolamento rilasciare un certificato utilizzando il modello contenuto nell'allegato VIII al Regolamento che, il richiedente dovrà - unitamente alla copia dell'atto rilasciato dal Sindaco o dell'accordo di negoziazione munito di nullaosta o autorizzazione della Procura della Repubblica ovvero dell'autorizzazione del Presidente del Tribunale - produrre al momento della richiesta di riconoscimento[51].
La novità mira a facilitare la circolazione dei divorzi e

[47] Sono parole di Corte di Giustizia UE, sez. I, sentenza del 20 dicembre 2017, cit., § 47.

[48] L'art. 65, comma 1, ultima parte, prevede l'applicazione, anche agli atti pubblici ed accordi in materia di separazione e divorzio, della sezione I del capo IV del Regolamento. In particolare, in tale sezione all'art. 30 è disciplinato il riconoscimento delle decisioni in materia di separazione e divorzio. Il comma 2 della disposizione citata dispone: «*non è necessario alcun procedimento particolare per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciato in altro stato membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto stato membro*». Mentre il successivo comma 3 riconosce ad ogni parte il potere «*conformemente alle procedure di cui agli articoli da 59 a 62 e, se del caso, alla sezione 5 del presente capo e al capo VI,* (di) *chiedere una decisione attestante l'assenza di motivi di diniego del riconoscimento di cui agli articoli 38 e 39*». L'art. 31 dispone inoltre: «*la parte che desidera invocare in uno Stato membro una decisione resa in un altro Stato membro deve produrre quanto segue:/ a) una copia della decisione, che presenti le condizioni di autenticità prescritte;/ e b) l'apposito certificato(..)*».

[49] Più in genrale, quanto all'interpretazione dei motivi ostativi il riconoscimento occorre ricordare come la Corte di Giustizia, in più decisioni (v. a titolo esemplificativo: Corte Giust., 2 giugno 1994, C-414/92, *Solo Kleinmoteren*, in *Raccolta*, 1994, I, 2237; Corte Giust., 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst Import*, in *Raccolta*, 1995, I, 2113 nonché più recentemente Corte Giust., 11 maggio 2000, C-38/98, *Renault*, in *Raccolta*, 2000, I, 2973), pronunciandosi in riferimento alle disposizioni in tema contenute nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (e al successivo Regolamento n. 44/2001), abbia, al fine di facilitare al massimo la circolazione nello spazio giudiziario europeo dei provvedimenti, adottato un'interpretazione restrittiva.

[50] L'art. 38, comma 1, lett. b) prevede come motivo ostativo ulteriore, rispetto ai motivi indicati nel testo, al riconoscimento delle sentenze emesse in uno Stato membro in altro Stato membro anche il fatto che «*la decisione è stata resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non sono stati notificati o comunicati al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione*».

[51] Quanto indicato vale anche per le previsioni relative alla responsabilità genitoriale. Più nel dettaglio, i modelli sono due: quello di cui all'allegato VIII, per il caso in cui sia richiesto il riconoscimento della sola previsione relativa allo *status* di divorziato/separato, ovvero di cui all'allegato IX, per il caso in cui si richieda l'esecuzione della parte dell'accordo contenente la regolamentazione del rapporto genitori/figli.

delle separazioni basate su procedimenti semplificati, anche perché gli Stati che prevedono questo tipo di procedure sono tenuti a comunicare alla Commissione le autorità competenti al rilascio del certificato[52].

Volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano, poiché la legge n. 162/2014 nulla ha previsto per il caso in cui una parte sia interessata a far riconoscere l'atto contenente l'accordo in un altro Paese dell'Unione Europea[53], si ritiene che l'autorità competente per l'emissione del certificato non potrà, in linea di principio, che essere quella che ha formato l'atto[54]. Il principio è già stato espresso nella Circolare del Ministero di Giustizia del 23 maggio 2018 in relazione al Regolamento n. 2201/2003[55].

Conseguentemente, per l'adempimento in parola nel caso dell'accordo di cui all'art. 12 della legge n. 162/2014, l'autorità dello Stato membro di origine da comunicare alla Commissione si ritiene possa essere l'Ufficiale di Stato Civile, mentre con riguardo agli accordi conclusi in sede di negoziazione assistita, la Procura della Repubblica che ha autorizzato l'accordo o rilasciato il nullaosta.

Ciò non solo perché, come evidenziato nella citata Circolare, l'avvocato non è qualificabile come «*autorità*», ma anche e soprattutto perché è il solo provvedimento conclusivo della Procura della Repubblica a rendere l'accordo valido ed efficace e, dunque, anche riconoscibile ed eseguibile all'estero, mentre ove il Procuratore della Repubblica «*si sia rifiutato di autorizzare l'accordo e l'autorizzazione sia stata adottata dal Presidente del Tribunale (ex art. 6, comma 2, del decreto-legge), sarà invece l'ufficio giudiziario a dover rilasciare il certificato in parola*»[56].

Se per le previsioni concernenti lo *status* coniugale, che producono effetti *ex sé*, il riconoscimento è strumento necessario, ma anche sufficiente alla circolazione della loro efficacia nello spazio giudiziario europeo, le previsioni degli accordi di negoziazione assistita[57] relative alla responsabilità genitoriale possono, di contro, necessitare della collaborazione dell'altro genitore ovvero di un terzo e, in suo difetto, richiedere una coazione diretta o indiretta. Conseguentemente, nello spazio europeo la circolazione della loro efficacia non potrà prescindere dall'esecutorietà.

6. La circolazione degli accordi di responsabilità genitoriale contenuti nell'accordo di negoziazione assistita

Se nel Regolamento n. 2201/2003 l'*exequatur* del Paese richiesto dell'esecuzione costituisce elemento indispensabile per l'esecutorietà del provvedimento straniero - così è tanto per le decisioni giurisdizionali che per gli atti pubblici o accordi esecutivi - il nuovo Regolamento n. 1111/2019, in linea generale, adotta il metodo semplificato dei regolamenti di seconda generazione abolendo al suo art. 34 la dichiarazione di esecutività delle «*decisioni in materia di responsabilità genitoriale rese ed esecutive in un determinato Stato membro*»[58].

Il principio è, poi più specificamente esteso, anche agli atti pubblici ed agli accordi in materia di responsabilità genitoriale. E, infatti, l'art. 65, comma 2, del Regolamento n. 1111/2019 espressamente dispone che «*gli atti pubblici e gli accordi in materia di responsabilità genitoriale aventi effetti giuridici vincolanti e che hanno efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti negli stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività*».

Quanto indicato - come più volte ribadito - vale nel nostro ordinamento solo per la negoziazione assistita, dal momento che gli accordi redatti di fronte al Sindaco, pos-

[52] Chiaro è come, in quest'ottica, l'attività amministrativa, al pari di quella giurisdizionale, dovrà essere esercitata nel rispetto delle norme uniformi europee in materia di competenza, pena il mancato riconoscimento dei relativi atti negli altri Stati europei.

[53] Salvo chiaramente che prima dell'entrata in vigore del Regolamento nell'ordinamento interno non siano previste delle modifiche legislative di adattamento.

[54] Come indicato da D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, in AA.VV., cit., 116, nt. 8, in Francia è la legge ad individuare le autorità chiamate all'adempimento in oggetto. In particolare, l'art. 509-3 del codice di procedura civile francese attribuisce il compito di rilasciare il certificato al notaio presso cui è depositata la convenzione di divorzio *par consentement mutuel.*

[55] Sul punto la Circolare citata nel testo prevede che il richiedente debba produrre, nello Stato in cui vuole ottenere il riconoscimento o l'esecuzione, a seconda del caso, uno dei certificati previsti dall'articolo 39 (allegato I: sulle decisioni in materia matrimoniale; allegato II: sulle decisioni relative alla responsabilità genitoriale).

[56] In tal senso è la Circolare del Ministero di Giustizia del 23 maggio 2018.

[57] Qui la negoziazione assistita è l'unico istituto che viene in rilievo, non essendo possibile di fronte al Sindaco alcuna regolamentazione dei rapporti genitori figli. Sul punto v. *supra* § 3.

[58] Con il regolamento in parola si abbandona, in altri termini, la necessità di atti recettivi da parte dello Stato richiesto dell'esecuzione. Con ciò il legislatore europeo estende anche alla responsabilità genitoriale l'impianto dei più recenti Regolamenti quali, ad esempio, il Regolamento n. 1215/2012 in materia di riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale.

sibili solo in assenza di figli minorenni ecc., non possono contenere disposizioni relative alla regolamentazione del rapporto genitori/figli.

Se, dunque, in linea generale, si supera il procedimento di fronte al giudice dell'*exequatur* per la circolazione dell'efficacia dei provvedimenti giurisdizionali in materia di responsabilità genitoriale, prevedendoun giudizio di diniego di esecuzione, attivato dalla parte contro cui l'esecuzione è richiesta, solo in via eventuale, nello specifico, le determinazioni dell'accordo negoziato relative al rapporto genitori figli potranno efficacemente circolare nello spazio giudiziario europeo «*senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività*»[59]. E, infatti, anche per l'esecutorietà delle determinazioni negoziali relative al rapporto genitori-figli basterà produrre copia autentica del provvedimento da eseguire ed il certificato di cui all'art. 66 lett. b) rilasciato dall'autorità giurisdizionale o dall'autorità competente dello Stato membro di origine comunicata alla Commissione di cui all'art. 103 in base al modello di cui all'allegato IX del Regolamento.

L'art. 68, comma 2, del Regolamento n. 1111/2019 prevede come motivi ostativi la circolazione degli accordi in materia di responsabilità genitoriale: a) la manifesta contrarietà, tenuto conto dell'interesse del minore, dell'accordo all'ordine pubblico dello Stato richiesto; b) il mancato coinvolgimento nella conclusione dell'accordo di uno dei genitori che reclama la lesione della propria responsabilità genitoriale; c) l'incompatibilità con una decisione, un atto pubblico o un accordo successivo reso nello Stato in cui il riconoscimento è invocato; d) oppure con una decisione, un atto pubblico o un accordo successivo emesso in un altro Stato membro o nel Paese terzo di residenza abituale del minore, riconoscibile nello Stato richiesto.

Infine e questo appare il motivo ostativo alla circolazione delle prescrizioni degli accordi negoziati che preoccupa maggiormente, il comma 3 dell'art. 68 del Regolamento n. 1111/2019 prevede il diniego di esecuzionedegli accordi negoziati in materia di responsabilità genitorialeredatti «*senza che al minore capace di discernimento sia stata data la possibilità di esprimere la propria opinione*». La mancata previsione del diritto di ascolto dei figli minori nella negoziazione assistita rappresenta, infatti, un *vulnus* del sistema[60].

Ma cerchiamo di spiegare meglio questo importante passaggio, che indubbiamente costituisce un ostacolo oggettivo alla circolazione nell'eurozona degli accordi negoziati.

Ogni riferimento al diritto di ascolto del figlio minore capace di discernimento manca[61] tanto nella fase dell'accordo di fronte agli avvocati che in quella di competenza del Procuratore della Repubblica[62]. Ciò in contrasto non solo con la normativa europea[63], ma anche con gli interventi legislativi, in materia minorile del 2012 e 2013[64], orientati, invece, a tenere in massima considera-

[59] Un tale meccanismo è attualmente previsto anche dal Regolamento n. 2201/2003 per le c.d. sole *decisioni privilegiate*. Si tratta della decisioni giurisdizionali in materia di diritto di visita e di ritorno del minore, a cui anche il nuovo Regolamento del 2019 dedica, in un'apposita sezione (sez. II, artt. 42-50), regole per un riconoscimento ed esecuzione ancor più rapidi e snelli. In particolare, nel Regolamento n. 1111/2019 sono previsti appositi limiti ai motivi di opposizione all'efficacia della loro circolazione nello spazio giudiziario europeo consistenti nella sola incompatibilità con una decisione successiva resa nello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato oppure con una decisione successiva emanata in altro Stato membro o nello Stato terzo di residenza del minore e riconoscibile nello Stato richiesto.

[60] Come evidenziato da D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, in AA.VV., cit., 117, nt. 13, per ovviare al problema indicato in Francia si è previsto che, in caso di coppia con figli, il divorzio *par consentement mutuel* - redatto in presenza di almeno un avvocato per parte e registrato dal notaio - debba essere accompagnato dalla dichiarazione (su apposito modello predisposto) dei figli minorenni di non voler usufruire del diritto ad essere ascoltati dall'autorità giurisdizionale.

[61] DANOVI, *Il p.m. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam e Dir.*, 2017, 69 ss., spec. 77. Sulla presenza di una lacuna in tal senso v. anche D'ALESSANDRO, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio - la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., 1284.

[62] Ciò, nonostante l'ascolto del minore appaia funzionale al tipo di valutazione richiestagli.

[63] *Cfr.*, per tutti, RUO, *I figli nella negoziazione assistita in materia matrimoniale: minorenni, maggiorenni non indipendenti economicamente, incapaci e disabili gravi*, in RUO (a cura di), *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio e procedura davanti all'ufficiale di stato civile*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 117 ss., che sottolinea, sotto questo profilo, la mancato conformità dell'art. 6 della legge n. 162/2014 alle fonti internazionali.

[64] L'ascolto del minore è ormai previsto in via generale alla disposizione di cui all'art. 315-*bis* c.c., introdotta nel codice dalla legge n. 219/2012 nonché in altre singole disposizione processuali. Il riferimento è agli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c., rispettivamente, per i giudizi di crisi familiare e per «*i procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo fra i genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli*».

zione l'ascolto del minore capace di discernimento in relazione a tutte le determinazioni che lo coinvolgono[65].
Conseguentemente, se in dottrina[66] si è giunti a dubitare della stessa legittimità costituzionale delle norme che consentono la separazione e il divorzio stragiudiziale senza prevedere l'ascolto dei minori capaci di discernimento, si è certi del fatto che una tale mancanza possa indubbiamente rappresentare un limite alla circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi negoziati autorizzati dal Procuratore della Repubblica[67].
Discorso diverso deve, invece, essere fatto per l'accordo negoziato autorizzato dal Presidente del Tribunale, dal momento che in tal caso le forme e le garanzie previste agli artt. 336-*bis* c.c. e 38-*bis* disp. att. c.c. consentono il corretto esplicarsi dell'ascolto dei figli minorenni capaci di discernimento, nonché del diritto di difesa delle parti[68].

7. Segue. Le disposizioni dell'accordo contenenti obbligazioni alimentari

Residua da esaminare la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle disposizioni concernenti le obbligazioni *alimentari* contenute nell'accordo negoziato o redatto di fronte al Sindaco.
Va, innanzitutto, specificato come anche l'accordo redatto di fronte al Sindaco - nonostante le difficoltà interpretative del divieto di cui all'art. 12, comma 3, della legge n. 162/2014 - può, secondo la più recente interpretazione del Consiglio di Stato[69] contenere previsioni concernenti obbligazioni alimentari. Con ciò si riconferma il principio per cui tale accordo non si limiti alla sola modifica dello *status* coniugale, ma si estenda, invece, anche alla regolamentazione di alcuni rapporti patrimoniali tra i coniugi.
Ma cerchiamo di spiegare meglio questo importante profilo.
L'art. 12, comma 3, della citata legge individua espressamente nella previsione di«*patti di trasferimento patrimoniale*» una condizione giuridica impediente[70] l'accordo di fronte al Sindaco[71].
Tuttavia l'opacità della espressione legislativa utilizzata, fin dalla sua entrata in vigore, è stata oggetto di diversi interventi chiarificatori da parte del Ministero prima e della giurisprudenza poi.
Innanzitutto, la Circolare ministeriale n. 19/2014 ha escluso qualsiasi contenuto di natura economica o finanziaria dell'atto di competenza dell'Ufficiale di Stato Civile. Tale Circolare è stata, però, di lì a poco, superata dalla Circolare n. 6/2015. Questa ha specificato come non rientrasse nel divieto normativo la previsione di «*un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico, sia nel caso di separazione consensuale (c.d. assegno di mantenimento), sia nel caso di richiesta congiunta di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del ma-*

[65] Allo stesso modo, preme precisare come anche la giurisprudenza si sia sin da subito attivata per la tempestiva ricezione delle indicazioni provenienti dal diritto convenzionale, non soltanto al fine di riconoscere all'audizione del minore il giusto rilievo, ma anche al fine d'individuare - e ciò a prescindere dal fatto che il legislatore nulla abbia in proposito previsto - le conseguenze derivanti dalla sua mancata attuazione. *Cfr.*, per tutti, Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Dir. Fam.*, 2010, 1, 106, nt. RUO, secondo cui «*l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardino, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell'art. 155-*sexies *c.c., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore. Costituisce, pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore è portatore d'interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale*».
[66] TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 2, 157, il quale profila l'incostituzionalità dell'art. 6 della legge n.162/2014 per violazione dell'art. 117 Cost., nella parte in cui quest'ultima disposizione statuisce limiti alla potestà legislativa ordinaria, non solo nelle norme Costituzionali, ma anche ne«*i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».
[67] Infatti, molto difficile appare in via interpretativa colmare le lacune normative derivanti dalla mancata previsione di idonee garanzie nella negoziazione per la corretta audizione del minore e del diritto di difesa delle parti. A ciò sarebbe, infatti, di ostacolo la stessa fisiologia dell'*iter* di formazione dell'accordo tanto di fronte agli avvocati che nella successiva fase di autorizzazione del Procuratore del Repubblica.
[68] In tal caso anche nel silenzio della legge può, dunque, in via interpretativa, ammettersi l'ascolto del minore capace di discernimento ad opera del Presidente del Tribunale
[69] Cons. Stato, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Foro it.,* 2016, 12, III, 636, con nt. CASABURI.
[70] Allo stesso modo della presenza di figli minorenni.
[71] V. CARIGLIA, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio (ii parte) - separazione, divorzio e modifiche dinnanzi al sindaco*, in *Giur. It.*, 2015, 5, 1744.

trimonio (c.d. assegno divorzile)» con conseguente limitazione del divieto in parola al solo pagamento dell'assegno *una tantum*[72].
Invero, la indicata Circolare del 2015, in un primo momento dichiarata illegittima e quindi annullata dal TAR Lazio[73], è stata riconfermata dalla successiva pronuncia del Consiglio di Stato[74]. Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato ha ribadito come l'espressione «*patti di trasferimento patrimoniale*» si riferisca ai soli accordi che «*hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto*» (c.d. assegno *una tantum*), escludendo, ancora una volta, dal limite normativo di cui all'art. 12 ogni altra pattuizione di carattere economico con effetti obbligatori (c.d. assegno periodico).
Se, dunque, le determinazioni di natura alimentare possono essere contenute nell'accordo negoziato, come anche - nei termini indicati - in quello redatto di fronte al Sindaco, occorre ricordare come queste circolino, però, nello spazio giudiziario europeo solo nei termini di cui al Regolamento n. 4/2009[75], applicabile ad ogni determinazione in materia alimentare «*derivante da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità*»[76].
Tuttavia, nonostante il Regolamento n. 4/2009 sia animato dallo scopo di facilitare la riscossione dei crediti alimentari, la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle statuizioni alimentati contenute negli accordi di cui alla legge n. 162/2014 appare molto dubbia.
Più nel dettaglio, la norma di riferimento è l'art. 48 del Regolamento n. 4/2009, intitolato«*applicazione del presente Regolamento alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici*», il quale testualmente dispone:«*1. Le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici esecutivi nello Stato membro d'origine sono riconosciuti in un altro Stato membro e hanno la stessa esecutività delle decisioni ai sensi del capo IV. 2. Le disposizioni del presente Regolamento sono applicabili, se del caso, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici*».
Orbene, se dubbi in merito alle modalità di circolazione delle previsioni contenute nell'accordo concluso di fronte al Sindaco, in quanto annoverabile tra gli atti pubblici[77], non si pongono, questi si concentrano, invece, su quelle contenute negli accordi di negoziazione assistita. Ciò in quanto se, dal un lato, questi non appaiono, in mancanza di espressa integrazione legislativa o regolamentare, condividere la natura degli atti pubblici, dal momento che - come indicato - il ruolo dell'avvocato, nel silenzio della legge, non può essere equiparato a quello di una «*autorità amministrativa*» o il nullaosta/autorizzazione della Procura della Repubblica integrare «*atto autenticato da parte dell'autorità amministrativa*», dall'altro lato, manca nel Regolamento n. 4/2009 una disposizione, che analogamente all'art. 65 del Regolamento n. 1111/2019, li contempli espressamente, ovvero, analogamente all'art. 46 del Regolamento n. 2201/2003, li assuma, in quanto atti a cui lo Stato emittente riconosce efficacia esecutiva, tra gli atti idonei a circolare nello spazio giudiziario europeo diversi dai provvedimenti giurisdizionali.
A quanto consta, parrebbe, dunque, la stessa lettera della norma regolamentare ad escludere la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle previsioni alimentari contenute nell'accordo di negoziazione assistita in materia familiare creando un'asimmetria tra le determinazioni rientranti nel Regolamento n. 1111/2019 e quelle coperte dal Regolamento n. 4/2009, determinazioni che, invece, costituiscono dal punto di vista delle parti un *unicum*.

[72] Pagamento costituito tanto dalla corresponsione di una somma di denaro che da una *datium in solutum* di beni mobili o immobili.

[73] TAR Lazio, 7 luglio 2016, n. 7813, in *Guida al diritto*, 2016, 32, 22. La sentenza del TAR Lazio si fondava sul presupposto che l'espressione «*patti di trasferimento patrimoniale*» avesse una portata ampia ed onnicomprensiva, proprio, perché diretta - in assenza della necessaria presenza di avvocati in tale procedura - alla tutela del c.d. coniuge debole. In altri termini, il Tar accoglieva i rilievi proposti nel ricorso proposto da due associazioni, l'AIAF (Associazione Italiana degli Avvocati per la Famiglia e per i Minori) e Donna chiama donna (Onlus). Tale ricorso era fondato sul rilievo per cui la tutela dei soggetti coinvolti non si realizzerebbe in assenza dell'assistenza obbligatoria degli avvocati.

[74] Cons. Stato, 26 ottobre 2016, n. 4478, cit.

[75] Allo scopo di facilitare la riscossione del credito alimentare derivante dai rapporti di famiglia, il legislatore europeo ha previsto la particolare disciplina di cui al Regolamento n. 4/2019.

[76] Occorre in proposito evidenziare come la Corte di Giustizia, 27 febbraio 1997, nel caso *Van den Boogard*, C-220/95, ancorché con riferimento all'art. 5, n. 2, della convenzione di Bruxelles del 1968 (che disciplinava la materia alimentare sino all'entrata in vigore del Regolamento n. 4/2009) abbia offerto una definizione di obbligazione alimentare molto ampia e tale da ricomprendere ogni dazione patrimoniale diretta a garantire il sostentamento dei figli e del coniuge, in tale ultimo caso, anche nella forma del versamento forfettario di una somma di denaro o del trasferimento di un bene immobile. In altri termini, nell'ottica della Corte di Giustizia nella nozione in oggetto possono essere annoverati tanto i nostri crediti «*alimentari*» che quelli diretti al «*mantenimento*».

[77] Sul punto v. *supra* § 3. Inoltre preme sottolineare come l'art. 2, n. 3, lett. b, del Regolamento in commento riconduce alla nozione di atto pubblico «*qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentari conclusa con le autorità amministrative dello Stato membro d'origine o da queste autenticata*».

Appare, allora, importante tentare di offrire un'interpretazione finalizzata a favorire la circolazione nell'ambito giudiziario europeo anche delle previsioni alimentare contenute nell'accordo negoziato.
Ciò è però possibile solo distinguendo tra accordo autorizzato dal Presidente del Tribunale e accordo munito di nullaosta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica. Solo del primo, in quanto accordo formatesi nell'ambito di un giudizio[78], può invero ipotizzarsi - per la parte riguardante le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli e dell'altro coniuge - la circolazione nello spazio giudiziario europeo ai sensi del Regolamento n. 4/2019 alla stregua di una transazione giudiziaria approvata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, in quanto atto formato nell'ambito di un procedimento che, sebbene non contenzioso, si svolge di fronte ad un giudice statale.
Tale soluzione non è, tuttavia, riproponibile anche per l'accordo negoziato munito di nullaosta/autorizzazione della Procura: l'attività del Procuratore della Repubblica non può essere equiparata «*all'approvazione del giudice richiesta dal Regolamento per la circolazioni delle transazioni giudiziarie*»[79]. Il Procuratore della Repubblica, sebbene organo appartenente alla magistratura, non svolge, infatti, non solo nel concedere il nullaosta, ma anche nell'autorizzare l'accordo dei coniugi, attività giurisdizionale in senso proprio, ma attività *latu sensu* amministrativa.
Per le previsioni alimentari contenute negli accordi negoziati muniti di autorizzazione o nullaosta del Procuratore della Repubblica resta, sicuramente, esperibile la via del decreto ingiuntivo europeo[80] di cui al Regolamento n. 1896/2006 [81].
Individuate, dunque, nelle sole obbligazioni alimentari contenute nell'accordo redatto di fronte al Sindaco ovvero autorizzato dal Presidente del Tribunale le determinazioni idonee alla circolazione nello spazio giudiziario europeo, ne residuano ancora da analizzare le modalità di riconoscimento ed esecuzione.
In proposito occorre ricordare come il Regolamento n. 4/2009 preveda, in via generale, una diversa disciplina a seconda dell'applicabilità o meno al Protocollo dell'Aia del 2007 sulla legge delle obbligazioni alimentari.
Più nel dettaglio, gli atti extragiudiziari, equiparabili alle decisioni ai sensi dell'art. 48, circolano alle stesse condizioni di queste ultime che - a seconda che siano rese o meno in uno Stato firmatario il suddetto Protocollo - sono assoggettate a diverse regole di riconoscimento ed esecuzione.
Segnatamente, le decisioni giurisdizionali e, quindi, gli atti alle stesse equiparati, resi nei Paesi Europei che hanno sottoscritto il Protocollo del 2007 sono riconosciuti ed eseguiti senza la necessità dell'*exequatur* dello Stato richiesto, ma con la sola copia autentica del provvedimento e del certificato rilasciato dall'autorità dello Stato di origine di cui all'allegato I del Regolamento (art. 20). Il diniego, totale o parziale, di esecuzione del provvedimento è possibile, su istanza del debitore, sono via successiva ed eventuale[82].
Discorso parzialmente diverso deve, invece, essere fatto per il caso in cui le decisioni giurisdizionali e, dunque, gli atti extragiudiziari a queste equiparati, siano emessi in Paesi non firmatari il Protocollo dell'Aia del 2007.
Se, in particolare, l'art. 23 prevede il riconoscimento di tali provvedimenti negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, l'art. 26 ne subordina, invece, la circolazione nello spazio giudiziario europeo, ove esecutivi, al previo rilascio dell'*exequatur* dell'autorità incaricata dello Stato richiesto. Si tratta, tuttavia, anche in tal caso di una dichiarazione di esecutività pressoché automatica in quanto concessa, ai sensi dell'art. 30, senza il previo controllo dell'assenza di motivi ostativi, controllo possibile solo su istanza della parte interessata, in via successiva e eventuale alla concessione dell'esecutività.

[78] Così D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, in AA. VV., cit., 117
[79] D'ALESSANDRO, *ibidem.*
[80] Il Regolamento n. 1896/2006 è stato aggiornato nei propri allegati dal Regolamento n. 936/2012. Più in generale, il decreto ingiuntivo europeo, adottando, come noto, il modello monitorio puro, ammette l'ingiunzione anche in assenza di prova documentale. Conseguentemente, lo stesso accordo negoziato, dotato di nullaosta o autorizzazione della procura della Repubblica, può costituire titolo idoneo per ottenere il decreto ingiuntivo europeo.
[81] Viceversa, la previsione relativa agli alimenti contenuta nella negoziazione assistita autorizzata o munita di nullaosta non può essere considerata «*credito non contestato* » suscettibile di circolare in virtù del Regolamento n. 805/2004. Ciò perché per costituire titolo certificabile come titolo esecutivo europeo anche il riconoscimento del debito deve avvenire nelle forme dell'atto pubblico (art. 3, n. 1, lett. d). Sui Regolamenti nn. 805/2004 e 1896/2006 v. per tutti SILVESTRI, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea. Dalla domanda al riconoscimento ed esecuzione del provvedimento giudiziale*, Bologna, 2011, 257 ss.
[82] Il particolare l'art. 21 prevede un divieto di esecuzione ove «*il diritto di ottenere l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine è prescritto a norma della legislazione dello Stato membro d'origine o a norma della legislazione dello Stato membro dell'esecuzione, se quest'ultima prevede un termine di prescrizione più lungo*», ovvero ove «*inconciliabile con una decisione emessa nello Stato membro dell'esecuzione o con una decisione emessa in un altro Stato membro o in uno Stato terzo che soddisfi i requisiti necessari al suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione*».

Sulla compensazione delle spese processuali ai sensi dell'art. 92, comma 2 c.p.c.

di Elisabetta Silvestri

del 19 dicembre 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Dai «giusti motivi» di compensazione alla «assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti»
3. L'art. 92, comma 2 c.p.c. al vaglio della Corte costituzionale
4. Conclusioni

1. Introduzione

Questo contributo si propone di ripercorrere le vicissitudini dell'art. 92, comma 2 c.p.c., relativo alla compensazione delle spese nel processo civile. Com'è noto, la compensazione delle spese consiste in una deroga al principio della soccombenza, ossia al principio per cui «chi perde paga» e vede poste a suo carico anche le spese della parte risultata vittoriosa, oltre alle proprie. Diversamente, se viene disposta dal giudice la compensazione, le spese restano a carico della parte che le ha anticipate o comunque sostenute, indipendentemente dall'esito del processo.
La norma che prevede il potere del giudice di compensare le spese del giudizio ha subito, negli anni, una serie di significative modifiche, tutte dettate dall'intento di porre un freno ad un certo lassismo dei tribunali nella distribuzione del carico delle spese: si riteneva, infatti, che le spese venissero compensate tra le parti con eccessiva disinvoltura, grazie alla formula indeterminata utilizzata dall'art. 92, comma 2 c.p.c. laddove conteneva (nel testo originario) il riferimento a generici «giusti motivi», tali da giustificare la compensazione delle spese. L'irrigidimento dei criteri in applicazione dei quali può essere disposta la compensazione avrebbe dovuto svolgere una sorta di funzione «moralizzatrice» nei confronti dei potenziali litiganti, dissuadendoli dal ricorrere al giudice con lo spauracchio di doversi accollare tutti i costi del processo in caso di soccombenza: che questo obiettivo sia stato raggiunto è tutto da dimostrare, anche perché (almeno in apparenza) un relativamente recente intervento della Corte costituzionale sembra aver reso di nuovo più elastici i criteri che dovrebbero guidare il giudice nel concedere la compensazione.
Prima di ripercorrere i mutamenti che hanno riguardato l'art. 92, comma 2 c.p.c., occorre ricordare che le riforme susseguitesi negli anni non hanno inciso sull'altra ipotesi di compensazione prevista dalla norma. Si tratta della soccombenza parziale o reciproca che, secondo la giurisprudenza, si verifica quando più domande contrapposte tra le medesime parti e cumulate nel processo sono state in parte accolte, in parte rigettate oppure quando, essendo l'unica domanda proposta articolata in più capi, alcuni siano stati accolti e altri rigettati o, ancora, quando la parzialità dell'accoglimento abbia riguardato solo il *quantum* della singola domanda proposta[1].

2. Dai «giusti motivi» di compensazione alla «assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti»

Come si è già ricordato, il testo dell'art. 92, comma 2 c.p.c. consentiva al giudice, in origine, di disporre la compensazione delle spese, oltre che in caso di soccombenza reciproca, anche in presenza di generici «giusti motivi»: è evidente che tale formula attribuiva al giudice un notevole potere discrezionale, reso ancora più ampio dal fatto che la scelta di qualificare come «giusto motivo» una determinata circostanza non richiedeva una motivazione specifica e, di conseguenza, risultava insindacabile[2]. Se-

[1] In questo senso cfr. *ex multis* Cass, Civ., Sez. III, 22 febbraio 2016, n. 3438; Cass Civ., Sez. III, 21 dicembre 2015-22 febbraio 2016, n. 3438; Cass. civ., Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 22381 (ord.).

[2] Cfr., ad esempio, Cass. Civ., sez. V, 6 ottobre 2011, n. 20457 (con riferimento al testo originario dell'art. 92, comma 2 c.p.c.), ove si ribadisce la non necessità di una specifica indicazione delle ragioni considerate dal giudice, posto che il semplice riferimento ai «giusti motivi» di compensazione «denota che il giudice ha tenuto conto della fattispecie concreta nel suo complesso, quale evincibile dalle statuizioni elative ai punti della controversia»; in senso analogo, cfr. Cass. Civ. Sez. Unite, 30 luglio 2008, n. 20598, con una motivazione che offre un'ampia panoramica dell'orientamento della Cassazione e delle sue variazioni nel tempo; Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2006, n. 17457.

condo la giurisprudenza, un controllo sulla ricorrenza dei «giusti motivi» era possibile solo quando risultasse palese la violazione del principio della soccombenza sancito dall'art. 91 c.p.c., ossia il principio per cui le spese non possono mai essere poste interamente a carico della parte risultata vittoriosa[3] o anche quando le ragioni comunque addotte dal giudice a supporto della sua scelta di compensare le spese fossero illogiche, contraddittorie o tautologiche e comunque «tali da inficiare, per inconsistenza o erroneità, il processo decisionale»[4]. Il profilo della non necessità di una motivazione a supporto della scelta di compensare le spese era anche stato sottoposto al vaglio della Consulta che, appellandosi ad un dato formale, aveva dichiarato la questione inammissibile, senza che nell'ordinanza fosse possibile scorgere qualche segnale che indicasse l'orientamento della Corte sul «diritto vivente» formatosi sull'art. 92, comma 2 c.p.c.[5]

La discrezionalità dei «giusti motivi» di compensazione non ne consentiva un'elencazione, neppure a titolo esemplificativo, posto che le circostanze valorizzate dalla giurisprudenza di merito erano del tutto eterogenee. Nel tempo, la loro individuazione aveva finito per risolversi spesso in scelte quanto meno discutibili, a sostegno delle quali si adducevano giustificazioni tralatizie e stereotipate[6], sullo sfondo della prevalente giurisprudenza che, come appena accennato, non richiedeva in linea di principio una motivazione sul punto. A ciò si aggiunga il rilievo che, nelle controversie di lavoro, era prassi consolidata e raramente disattesa quella di disporre comunque la compensazione integrale delle spese in caso di soccombenza del lavoratore[7]

Una prima, significativa riforma della norma era stata introdotta dalla legge n. 263 del 28 dicembre 2005, che aveva aggiunto al riferimento ai «giusti motivi» l'inciso «esplicitamente indicati nella motivazione», con un radicale cambio di rotta rispetto alla prassi comunemente adottata dai giudici di merito. A distanza di pochi anni da questo intervento del legislatore, finalizzato a rendere sindacabile in sede di legittimità la fondatezza dei motivi per i quali la compensazione delle spese era stata disposta, era intervenuta un'altra modifica dell'art. 92, comma 2 c.p.c. La legge n. 69 del 18 giugno 2009, infatti, aveva sostituito alla clausola generale dei «giusti motivi» un'altra clausola, apparentemente molto più restrittiva, che fa riferimento a «gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione». La dottrina si era molto spesa nell'interpretare il significato delle «gravi ed eccezionali ragioni», al fine di stabilire se ed in quale misura si poteva ritenere che le due locuzioni - la vecchia e la nuova - fossero sovrapponibili oppure rendessero rilevanti circostanze assolutamente diverse[8].

Sul versante della giurisprudenza, si era affermato che l'art. 92 comma 2 c.p.c. (nella versione del 2009) conteneva una «norma elastica, che il legislatore [aveva] previsto per adeguarla ad un dato contesto storico-sociale o a speciali situazioni, non esattamente ed efficacemente determinabili *a priori*, ma da specificare in via interpretativa da parte del giudice di merito»[9]. Appare evidente che l'elasticità della norma lasciava spazio alla discrezionalità del giudice, in maniera sostanzialmente non diversa da quanto accadeva nella vigenza dei «giusti motivi» di compensazione. I profili di gravità ed eccezionalità delle ragioni poste a fondamento della decisione di compensare le spese tra le parti continuavano ad essere inevitabilmente oggetto di una valutazione soggettiva: questo, anche se, in sede di controllo di legittimità, si poneva l'accento sulle specificità del caso concreto e sulla oggettiva difficoltà di valutare i fatti di causa e le relative conseguenze sul piano giuridico[10] o si sottolineava il fatto che le norme applicabili al caso concreto risultavano suscettibili di inter-

[3] Cfr., tra le tante decisioni conformi, Cass. Civ., Sez. III, 11 ottobre 2016, n.20374; Cass. Civ. Sez. II, 10 aprile 2012, n. 5696; Cass. Civ., Sez. V, 6 ottobre 2011, n. 20457; Cass. Civ., Sez. I, 2 luglio 2008, n. 18173; 7.11.2006, n. 24495.

[4] Così Cass. civ., Sez. II, 17 maggio 2012, n. 7763; in senso conforme, Cass. Civ., Sez. VI, 3 luglio 2019, n. 17816.

[5] Cfr. Corte cost. 21 dicembre 2004, n. 395 (ord.).

[6] In argomento, con ampi richiami alla giurisprudenza, cfr. M. Pilloni, *Le innovazioni apportate alla disciplina della compensazione delle spese di lite (art. 92 c.p.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 469 ss.

[7] Sul punto, cfr. le osservazioni critiche di L. De Angelis, *Nuove compensazione delle spese processuali e controversie di lavoro tra* vulgata *e riflessioni critiche,* in *Argomenti dir. lav.*, 2018, p. 1077 ss., part. para. 3.

[8] In argomento, per tutti cfr. L. Passanante, *Il nuovo regime delle spese processuali*, in AA. VV., *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Zanichelli Editore, 2010, p. 245 ss.

[9] Così Cass. Civ., Sez. Lavoro, 7 agosto 2019, n. 21157 (ord.); nel medesimo senso Cass. Civ., Sez. Unite, 22 febbraio 2012, n. 2572.

[10] Cfr., ad esempio, Cass Civ., Sez. lavoro, 22 ottobre 2019, n. 26956.

pretazioni divergenti[11] o, ancora, si giustificava la compensazione delle spese alla luce di «questioni di lite oggettivamente controverse, di non facile soluzione e dall'esito incerto»[12].
Il vero «giro di vite» in materia di compensazione delle spese fuori dalle ipotesi di soccombenza reciproca si è avuto con l'ennesima modifica dell'art. 92, comma 2 c.p.c., introdotta dalla legge n. 162 del 10 novembre 2014 (di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 132 del 12 settembre 2014). La riforma, infatti, abbandonata l'idea di affidare a clausole generali l'individuazione dei motivi di compensazione, ne individua tassativamente due soli, ossia la «assoluta novità della questione trattata o [il] mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti». Chi è attento alla formulazione testuale delle norme non può non rilevare che il legislatore, come ormai accade di frequente, ha utilizzato espressioni dal significato vago e impreciso. Così, mentre sembra chiaro come intendere la novità assoluta di una questione, non è affatto pacifico di quale questione si debba trattare, posto che nel processo le questioni prese in esame sono sia questioni di fatto, sia questioni di diritto; ulteriormente, sembra lecito domandarsi come vadano identificate le «questioni dirimenti», considerando che, a quanto consta, in nessun'altra norma, passata o ancora in vigore, compare l'aggettivo «dirimente». In dottrina si è suggerito che il legislatore ha inteso fare riferimento a mutamenti della giurisprudenza circoscritti a «punti decisivi» della controversia[13], ossia a questioni determinanti, in considerazione del fatto che il *revirement* giurisprudenziale può avere influito sulle strategie processuali messe in atto da una parte che, in buona fede, aveva fatto affidamento sull'orientamento precedente.
La nuova formulazione dell'art. 92, comma 2 c.p.c., nel tipizzare le ipotesi di compensazione delle spese per ragioni estranee alla soccombenza reciproca, riducendole a due sole, rivela l'intento del legislatore di affidare alla norma una funzione deterrente, nella prospettiva (che ormai costituisce il *Leitmotif* di tutte le riforme processuali) di contribuire a ridurre il carico del contenzioso civile. In questo modo, però, viene anche vanificato il potere discrezionale del giudice nel tener conto di circostanze estranee alla previsione normativa, ma che appaiono rilevanti in una prospettiva di opportuno (o, se si vuole, equitativo) bilanciamento degli interessi delle parti.

3. L'art. 92, comma 2 c.p.c. al vaglio della Corte costituzionale

Con una sentenza dalla lunga e dotta motivazione, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 92, comma 2 c.p.c. nella parte in cui non prevede che le spese del giudizio possano essere compensate tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano «altre [...] gravi ed eccezionali ragioni» analoghe a quelle espressamente previste dalla norma[14].
La Corte, dopo aver ripercorso la genesi dell'art. 92 c.p.c. fin dal Codice del 1865, analizza le varie riscritture della disposizione a far tempo dal 2005, sottolineando che il progressivo irrigidimento delle ipotesi di compensazione (diverse dalla soccombenza reciproca) si giustifica in un'ottica di riduzione delle cause civili, puntando ad una deflazione del contenzioso attuata auspicabilmente attraverso un rafforzamento del principio di responsabilità delle parti. La giurisdizione - osserva la Corte - non è una risorsa illimitata e ciò giustifica l'adozione di misure volte a contenere il carico di lavoro dei tribunali. Tuttavia, l'aver introdotto un elemento di assoluta rigidità nel comma 2 dell'art. 92 c.p.c., consentendo la compensazione in due sole ipotesi tassative viola i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, escludendo fattispecie simili, che condividono con quelle nominate la medesima *ratio* giustificativa. In particolare, con riferimento al «mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti», la Corte rileva che si tratta di ipotesi in cui rileva il «sopravvenuto mutamento del quadro di riferimento della causa, che altera i termini della lite senza che ciò sia ascrivibile alla

[11] Cass. Civ. Sez. VI, 3 luglio 2019, n. 17816 (ord.).
[12] Cass. Civ., Sez. VI, 24 aprile 2019, n. 11329 (ord.).
[13] Così, A. Carratta e P. D'Ascola, *Nuove riforme per il processo civile: il d. l. n. 132/2014* , disponibile all'indirizzo http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/Nuove_riforme_per_il_processo_civile.html, para. 3.1.
[14] Si tratta di Corte cost. 7 marzo-19 aprile 2018, n. 77, consultabile nel testo integrale all'indirizzo http://dirittifondamentali.it/2018/04/19/processo-civile-ammessa-la-compensazione-delle-spese-anche-per-altre-analoghe-gravi-ed-eccezionali-ragioni-corte-cost-sent-7-marzo-2018-19-aprile-2018-n-77/; la decisione è commentata da R. Di Grazia, *Sulla compensazione delle spese giudiziali in caso di soccombenza totale,*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 257 ss.; A. Nascosi, *La Consulta amplia lo spazio della compensazione delle spese di lite*, in *Nuova giurisp. civ. comm.*, 2018, p. 1632; S. Laforgia, L'onore delle armi: note sul regime delle spese processuali alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 2018, in *Argomenti dir. lav.*, 2018, p. 1534 ss.

condotta processuale delle parti»[15]: un'ipotesi, questa, i cui estremi ricorrono anche in altri casi, quali l'emanazione di una norma di interpretazione autentica, una pronuncia di illegittimità costituzionale o, ancora, una norma europea direttamente applicabile oppure una decisione della Corte di giustizia europea. Tutte queste ipotesi, quando riguardano una questione decisiva, non sono nella sostanza diverse da quella tassativamente indicata dall'art. 92, comma 2 c.p.c., ma, non potendo essere elencate ad una ad una, devono essere lasciate al prudente apprezzamento del giudice.

Quanto alla «assoluta novità» della questione, l'ipotesi normativa riguarda, in senso lato, «una situazione di oggettiva e marcata incertezza, non orientata dalla giurisprudenza»[16]. E, anche in questo caso, non si può escludere che questo tipo di situazione si verifichi in concreto con riferimento a questioni di fatto o di diritto che non è possibile catalogare in astratto.

In più passaggi della sentenza, la Corte fa riferimento alla clausola generale presente nel testo della norma anteriormente alla riforma del 2014, ossia alle «gravi ed eccezionali ragioni», analoghe a quelle tipizzate dalla norma, ragioni - queste ultime - che «hanno carattere paradigmatico e svolgono una funzione parametrica ed esplicativa della clausola generale»[17]. Sembra, insomma, che la decisione della Corte segni una sorta di ritorno all'antico e miri a ridare spazio, pure con tutte le cautele del caso, alla valutazione discrezionale del giudice che il legislatore del 2014 aveva eliminato. Del resto, proprio in ossequio ai principi di uguaglianza e ragionevolezza citati dalla Corte, sembra che solo una clausola generale possa consentire al giudice di valutare le peculiarità della fattispecie concreta, al fine di stabilire se, nel caso di specie, la regola della soccombenza possa essere derogata in presenza di circostanze qualificabili come gravi ed eccezionali. Ovviamente, tali circostanze dovranno essere adeguatamente emergere dalla motivazione del provvedimento. A questo riguardo, mette conto di ricordare che il legislatore del 2014, nel riscrivere il comma 2 dell'art. 92 c.p.c., aveva omesso qualunque riferimento alla motivazione, eliminando l'inciso che richiedeva l'espressa esplicitazione delle ragioni della compensazione nella motivazione del provvedimento. La Consulta non tratta *ex professo* la questione, ma si limita a menzionare il principio sancito in generale dall'art. 111, comma 6 Cost.: sembra comunque possibile ritenere che questo semplice richiamo alla norma costituzionale indichi che, a giudizio della Corte, è dovere del giudice dare conto in motivazione delle ragioni che giustificano la scelta di compensare le spese tra le parti.

4. Conclusioni

Sarà interessante vedere *pro futuro* come il pronunciamento della Consulta inciderà sulla interpretazione ed applicazione dell'art. 92, comma 2 c.p.c. e quale sarà la casistica delle nuove (o forse non nuove?) «gravi ed eccezionali ragioni» addotte a sostegno della decisione di compensare le spese. Nel frattempo, è in cantiere l'ennesima riforma del processo civile: in attesa che si palesino le misure allo studio del legislatore, sembra legittimo domandarsi se, per combinazione, anche in tema di compensazione delle spese le nuove norme riserveranno agli operatori del diritto qualche sorpresa, bella o brutta che sia.

[15] Corte cost. 7 marzo-19 aprile 2018, n. 77, *ivi*, para. 15.
[16] *ibid.*
[17] *ivi*, para. 16.

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.

Vincenzo Ansanelli

È Professore Associato in diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Genova. Membro dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del Processo civile e dell'Intenational Association of Procedural Law, è autore di numerosi articoli e contributi. Fra le sue pubblicazioni «La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità" (Giuffrè ed., Milano 2011), "Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1915 - 1942" Giappichelli ed, Torino 2017) e, insieme ad Angelo Dondi e Paolo Comoglio, di "Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata" (2 ed., Giuffrè ed., Milano 2018), opera tradotta in spagnolo e portoghese

Massimiliano Bina

Dopo essersi laureato in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano nel 2002, nel 2009 ha conseguito 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. Come relatore, partecipa regolarmente a convegni scientifici, nazionali ed internazionali, e di aggiornamento professionale. Avvocato dal 2006, svolge la sua attività nei settori del contenzioso in materia civile e della crisi di impresa ed è membro del direttivo della Camera Civile di Varese.

Emanuele Caimi

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.

Marco Farina

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

Ilaria Lombardini

Avvocato. Assegnista di ricerca in diritto processuale civile e docente a contratto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Universita' degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Caterina Pasini

Ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto processuale civile presso l'Università di Bologna con una tesi in materia di insolvenza transfrontaliera. È docente a contratto in Diritto porcessuale civile e diritto processuale dell'impresa presso la Scuola di Giurisprudenza della Facoltà di Bologna. Ha svolto periodi di ricerca in Francia (Université Sorbonne) e negli Stati Uniti (Berkeley UC). Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile e di famiglia.

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.

Elisabetta Silvestri

È professore associato di Diritto processuale civile, Diritto processuale civile comparato, Arbitrato, mediazione e negoziazione assistita presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia. Responsabile scientifico dell'ente di formazione di mediatori professionisti del medesimo Dipartimento di Giurisprudenza (iscritto al n. 93 dell'Albo degli Enti di Formazione del Ministero della Giustizia).

Enrico Spagnolello

Dottore, LL.M in Diritto della Concorrenza e dell'Innovazione. Si occupa prevalentemente di diritto antitrust e diritto regolamentare, assistendo i clienti in ambito giudiziale e stragiudiziale. Fa parte dell'Osservatorio AGCM della *Rivista Diritto di Internet – Digital copyright e data protection* e del Comitato Editoriale della *Rivista di Diritto Sportivo* del CONI.

Francesca Tizi

È ricercatore confermato di Diritto processuale civile del Dipartimento di Giurisprudenza dell›Università degli Studi di Perugia, dove è affidataria degli insegnamenti di Diritto Fallimentare e Diritto processuale civile e dell›esecuzione immobiliare.

È inoltre autrice di una monografia in diritto dell›arbitrato e di diversi scritti di diritto processuale civile.

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.

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.