



Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

2 2019

febbraio

IN QUESTO NUMERO:

PROVA TESTIMONIALE

ESECUZIONI IMMOBILIARI E PROFESSIONISTA DELEGATO

APPELLO E PROVE

SOSPENSIONE DEL PROCESSO

INGIUNZIONE E ARBITRATO

NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE

RICORSO PER CASSAZIONE

DECRETO INGIUNTIVO E DECRETO DI ESECUTORIETÀ

FINANZIAMENTI DEI SOCI

FATTURAZIONE ELETTRONICA


**MAGGIOLI
EDITORE**

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

2 2019

febbraio



IN QUESTO NUMERO:

PROVA TESTIMONIALE

ESECUZIONI IMMOBILIARI E PROFESSIONISTA DELEGATO

APPELLO E PROVE

SOSPENSIONE DEL PROCESSO

INGIUNZIONE E ARBITRATO

NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE

RICORSO PER CASSAZIONE

DECRETO INGIUNTIVO E DECRETO DI ESECUTORIETÀ

FINANZIAMENTI DEI SOCI

FATTURAZIONE ELETTRONICA

|||
MAGGIOLI
EDITORE

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

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

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

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

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

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

Maggioli S.p.a.

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



PIGNORAMENTO E AUTOVEICOLI

- 5** Pignoramento di autoveicoli ex art. 521 bis c.p.c.: criticità e prassi applicative
di Dario Bonetti

PROVA TESTIMONIALE

- 9** Modalità irrituali di deduzione della prova testimoniale.
di Cinzia Gamba

ESECUZIONI IMMOBILIARI E PROFESSIONISTA DELEGATO

- 12** Esecuzioni immobiliari: il ruolo del Professionista Delegato e il controllo sul suo operato
di Elena Briganti

APPELLO E PROVE

- 16** Le nuove prove in appello: la prova indispensabile
di Martina Mazzei

SOSPENSIONE DEL PROCESSO

- 23** Spunti di riflessione in tema di sospensione del processo civile per pregiudizialità penale
di Mattia Polizzi

INGIUNZIONE E ARBITRATO

- 28** Ancora intorno a procedimento d'ingiunzione e arbitrato
di Giuseppe Finocchiaro

GIURISDIZIONE

- 32** Le clausole facoltative e asimmetriche di scelta della giurisdizione nel diritto processuale civile italiano
di Michele Angelo Lupoi

ARBITRATO E CONTRATTI PUBBLICI

- 40** La previa e motivata autorizzazione della clausola da parte della Stazione Appaltante nell'arbitrato in materia di contratti pubblici. Problemi di diritto transitorio
di Jacopo Polinari

MEDIAZIONE

- 43** Oscillazioni sulla partecipazione delle parti al procedimento di mediazione
di Francesca Cuomo Ulloa

NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE

- 49** Gli effetti dell'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita in materia familiare. Brevi considerazioni a margine dell'art. 6, comma 3, del D.L. n. 132 del 2014
di Concetta Marino

RICORSO PER CASSAZIONE

- 58** Il tribolato requisito della "esposizione sommaria dei fatti di causa" nel ricorso per Cassazione
di Mirco Minardi

DECRETO INGIUNTIVO E DECRETO DI ESECUTORIETÀ

- 62** Brevi note sul rapporto tra decreto ingiuntivo, decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c. e opponibilità al fallimento di Giacomo Pailli

PROCEDIMENTO DI OPPOSIZIONE EX ART. 2797 C.C.

- 66** Sulla natura del procedimento di opposizione ex art. 2797 c.c. alla vendita della cosa data in pegno. Nota a Cass. civ. Sez. VI/3, 21 settembre 2018, n. 17268 di Massimiliano Bina

FINANZIAMENTI DEI SOCI

- 70** Riflessioni sull'applicazione dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni. Nota a Cass. civ. Sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291 di Emanuele Caimi

MOTIVI DI RICORSO PER CASSAZIONE

- 73** L'omessa pronuncia su una domanda, un'eccezione o un'istanza ritualmente introdotta in giudizio deve essere fatta valere esclusivamente ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4 c.p.c. Nota a Cass. civ. Sez. VI, 24 gennaio 2019, n. 2101 di Martina Mazzei

VERITÀ E PROCESSO

- 78** Alcune considerazioni in materia di verità del processo civile di Guglielmo Bernabei

LOCUS COMMISSI DELICTI

- 83** Locus commissi delicti negli illeciti IP commessi a mezzo Internet di Adriano Sponzilli

RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE

- 87** Ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7 della Costituzione. Ammissibile nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento? di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

FATTURAZIONE ELETTRONICA

- 94** La fatturazione elettronica e il procedimento d'ingiunzione di Elisa Giardini

AUTORITÀ INDIPENDENTI E PROCESSO

- 101** Giudica, ma non è giudice: l'Agcm tra giusto procedimento e giudice a quo di Carlo Edoardo Cazzato

PIGNORAMENTO E AUTOVEICOLI

Pignoramento di autoveicoli ex art. 521 bis c.p.c.: criticità e prassi applicative

di Dario Bonetti

dell'1 febbraio 2019

Sommario

1. Introduzione e modifiche dell'art. 521 bis c.p.c.
2. La condotta del debitore pignorato: criticità e rimedi alla mancata consegna del mezzo
3. Assegnazione del bene pignorato: la pronuncia del Tribunale di Mantova del 18.10.2016

1. Introduzione e modifiche dell'art. 521 bis c.p.c.

Come è noto, l'art. 521 bis c.p.c. è stato inserito all'interno del codice di rito dal d.l. n. 132/2014, convertito in legge n. 162/2014 e successivamente modificato dal d.l. 83/2015 convertito in legge n. 132/2015.

La norma in esame ha introdotto una innovativa modalità di pignoramento degli autoveicoli, motoveicoli e rimorchi[1], che consente di pignorare i beni senza che sia necessaria l'apprensione materiale dei mezzi, al fine di superare le difficoltà che si erano manifestate nel tradizionale pignoramento mobiliare ex art 518 e ss. c.p.c.

Invero, prima dell'introduzione della disposizione in esame,

la materiale apprensione del bene richiesta per il perfezionamento del pignoramento mobiliare presso il debitore risultava sovente compromessa dalle caratteristiche del bene-veicolo, non agevolmente reperibile in quanto soggetto a circolazione durante il giorno e collocabile presso terzi, con evidenti pericoli di sottrazioni anche fraudolenti.

La riforma legislativa, agevolando i creditori, stabilisce che il pignoramento possa perfezionarsi mediante notificazione al debitore e successiva trascrizione nel Pubblico Registro Automobilistico dell'atto di pignoramento[2], nel quale debbono essere specificatamente indicati i beni che si intendono sottoporre a esecuzione[3].

[1] Ai sensi degli artt. 47 e ss. del Codice della Strada sono ricompresi all'interno della normativa in esame i «trattori stradali» mentre i macchinari agricoli (compreso le trattrici agricole) non vengono menzionate all'interno dell'art. 521 bis c.p.c., onde per tali mezzi pare che il legislatore abbia individuato il solo pignoramento mobiliare tradizionale quale forma utilizzabile per l'inizio del procedimento esecutivo. Sul punto, tuttavia, occorre rilevare che l'art. 1 del r.d. 436/1927 afferma che: «nella denominazione di autoveicoli si intendono compresi le autovetture, gli autocarri, le trattrici coi relativi veicoli rimorchiati e ogni altro veicolo assimilabile ai predetti, nonché i motocicli, con esclusione nei riguardi di quest'ultimo termine, dei velocipedi muniti di piccoli motori ausiliari, ordinariamente chiamati biciclette a motore e motoleggere».

[2] L'atto di pignoramento ex art. 521 bis c.p.c. costituisce una fattispecie a formazione progressiva, componendosi dell'atto di pignoramento notificato al debitore e della successiva trascrizione. Circa il momento di perfezionamento del pignoramento pare preferibile aderire alla tesi che ritiene al tal fine necessaria la trascrizione dello stesso nei Pubblici Registri entro il termine di efficacia del precetto. Sul punto, occorre richiamare quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in materia di pignoramento immobiliare. Secondo la Suprema Corte il pignoramento immobiliare ha natura unitaria benché a formazione progressiva e si attua attraverso la fase della notifica dell'atto e quella della sua trascrizione, con la conseguenza che la successiva rettifica, ovvero la rinnovazione di trascrizione carente o erronea, non è sufficiente alla sanatoria dell'invalidità, perché la semplice notifica dell'atto di pignoramento non ha rilevanza autonoma, poiché soltanto la rinnovazione sia della notifica che della trascrizione tutela in modo coerente e completo il contraddittorio nell'ambito del processo esecutivo. Cfr. Cass. Civ. del 16.05.2008, n. 12429 e Cass. Civ. del 20.04.2015 n. 7998. Al contrario, parte della dottrina ha rilevato che la trascrizione nei pubblici registri potrebbe avvenire anche ove siano decorsi i novanta giorni dalla notifica dell'atto di precetto, in quanto tale adempimento avrebbe mera finalità di rendere opponibile il vincolo ai terzi affinché si producano gli effetti ex art. 2912 e ss. c.c.. Si veda, TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in Corr. Giur. 2015, n. 3, p. 390 e ss.

[3] Ai sensi del primo comma dell'art. 521 bis c.p.c. nell'atto di pignoramento occorre indicare gli estremi richiesti dalla legge speciale per l'iscrizione nel Pubblico Registro. Sul punto, si vedano l'art. 12 del r.d. 436/1927 e gli artt. 5 e 6 del r.d. 1814/1927. Va tuttavia evidenziato come parte della dottrina ritenga il pigno-

Nella formulazione originaria l'art. 521 bis c.p.c. sembrava porsi quale nuova forma esclusiva di pignoramento degli autoveicoli, tuttavia, l'art. 13 lettera *d-bis* del d.l. 83/2015 è intervenuto sul primo comma della norma chiarendo espressamente che tale innovativo strumento è alternativo al pignoramento mobiliare ex art. 518 e ss. c.p.c. e pertanto spetta al creditore la scelta e la valutazione sulla forma di pignoramento da utilizzare nel caso concreto.

L'ultima versione del comma 1 della norma in esame afferma che: «*oltre che con le forme previste dall'articolo 518, il pignoramento di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi può essere eseguito anche mediante notificazione al debitore e successiva trascrizione di un atto nel quale si indicano esattamente, con gli estremi richiesti dalla legge speciale per la loro iscrizione nei pubblici registri, i beni e i diritti che si intendono sottoporre ad esecuzione, e gli si fa l'ingiunzione prevista nell'articolo 492. Il pignoramento contiene altresì l'intimazione a consegnare entro dieci giorni i beni pignorati, nonché i titoli e i documenti relativi alla proprietà e all'uso dei medesimi, all'istituto vendite giudiziarie autorizzato ad operare nel territorio del circondario nel quale è compreso il luogo in cui il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede o, in mancanza, a quello più vicino*».

Nell'ultimo inciso, la disposizione contiene l'intimazione al debitore a consegnare, entro dieci giorni, il bene pignorato e la relativa documentazione.

Come rilevato da parte della dottrina, tale previsione ripropone, pur se nella fase successiva al pignoramento, l'annosa problematica della materiale apprensione del bene^[4].

Il legislatore ha previsto al comma 4 che, qualora il debitore ometta la consegna dei veicoli pignorati all'Istituto Vendite Giudiziarie, nel termine di dieci giorni dalla notifica del pignoramento, «*gli organi di polizia che accertano la circo-*

lazione dei beni pignorati o comunque li rinvencono procedono al ritiro della carta di circolazione nonché, ove possibile, dei titoli e dei documenti relativi alla proprietà e all'uso dei beni pignorati e consegnano il bene pignorato all'istituto vendite giudiziarie più vicino al luogo in cui il bene è stato rinvenuto».

Come si avrà modo di approfondire nel successivo paragrafo, l'innovazione suddetta, pur se doverosa, rischia di non aver una concreta efficacia precettiva nei confronti del debitore e *lato sensu* in termini di fruttuosità della procedura esecutiva. Invero, come rilevato da parte della dottrina è molto bassa la probabilità che la polizia casualmente effettui un controllo sul veicolo pignorato e che in tale attività verifichi le risultanze del registro automobilistico^[5]. Inoltre, il legislatore non ha previsto espressamente che gli organi di polizia debbano attivarsi per ricercare il mezzo pignorato^[6], a seguito della segnalazione del creditore.

Proseguendo con l'iter «fisiologico» previsto dalla novella, il comma 3 dispone che: «*al momento della consegna l'istituto vendite giudiziarie assume la custodia del bene pignorato e ne dà immediata comunicazione al creditore pignorante, a mezzo posta elettronica certificata ove possibile*^[7]».

Il creditore a questo punto, come previsto dal comma 5, deve procedere all'iscrizione a ruolo del procedimento entro trenta giorni dalla comunicazione dell'IVG, depositando la nota di iscrizione a ruolo, con copie conformi del titolo esecutivo, del precetto, dell'atto di pignoramento e della nota di trascrizione^[8], a pena di inefficacia^[9].

Prima della modifica apportata dal d.l. 83/2015 all'art. 521 bis c.p.c., se la consegna del veicolo pignorato non avveniva nei dieci giorni dalla notifica del pignoramento al debitore, il creditore, entro il termine temporale di validità del pignoramento medesimo – anch'esso modificato dalla riformo-

ramento valido anche laddove indichi solo il proprietario, la targa e il tipo di veicolo, risultano superflui gli altri elementi previsti dalla legge (potenza del motore, anno di immatricolazione, caratteristiche di fabbricazione ecc.) in tal senso, si veda CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2015, p. 455.

[4] Sul punto si veda GOBIO CASALI, *Prime osservazioni sul nuovo pignoramento di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi ex art. 521 bis c.p.c.*, reperibile sul sito www.ilcaso.it.

[5] Sul punto BOVE, *Pignoramento e custodia di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi*, in Giut. It., 2015, p. 1756 ess. Si veda anche GOBIO CASALI, *Pignoramento di autoveicoli ex art. 521 bis c.p.c.: problemi applicativi*, reperibile sul sito www.judicium.it

[6] Come si dirà nel successivo paragrafo, tale attività potrà essere svolta dagli organi di polizia solo a seguito di una denuncia per violazione dell'art. 388 c.p. In questo senso anche SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2016, p. 861

[7] Come rilevato nella prassi di alcuni Tribunali (cfr. protocollo Bologna e Forlì) si suggerisce al creditore di notificare o comunicare il pignoramento anche all'IVG, al fine di consentire il coordinamento tra quest'ultimo e il creditore precedente.

[8] Il comma 5 dell'art. 521 bis c.p.c. afferma che: «entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al terzo comma, il creditore deve depositare nella cancelleria del Tribunale competente per l'esecuzione la nota di iscrizione a ruolo, con copie conformi del titolo esecutivo, del precetto, dell'atto di pignoramento e della nota di trascrizione. La conformità di tali copie è attestata dall'avvocato del creditore ai soli fini del presente articolo».

[9] Il comma 6 dell'art. 521 bis c.p.c. afferma che: «il cancelliere forma il fascicolo dell'esecuzione. Il pignoramento perde efficacia quando la nota di iscrizione a ruolo e le copie dell'atto di pignoramento, del titolo esecutivo e del precetto sono depositate oltre il termine di cui al quinto comma».

ma del 2015 da 90 giorni a 45 giorni – si trovava costretto a prendere una decisione: estinguere la procedura o a dare impulso al procedimento con il rischio di non rinvenire i beni da sottoporre alla vendita forzosa, pur dovendone sopportare i costi[10].

A seguito della novella del 2015, come risulta dal combinato disposto dei commi 5 e 7 dell'art. 521 bis c.p.c.[11], sino a quando il debitore non consegna il veicolo all'IVG e non viene effettuata la comunicazione di cui al comma 3, il creditore non risulta tenuto ad iscrivere a ruolo il procedimento che, conseguentemente, potrà rimanere sospeso *ad libitum* senza decorso del termine per richiedere la vendita/assegnazione, sino all'effettiva apprensione dei beni[12].

La suddetta innovazione appare certamente positiva sia ai fini della tutela degli interessi del creditore sia in termini di economia processuale, essendo volta ad evitare la pendenza di procedimenti esecutivi privi di beni da porre in liquidazione e pertanto carenti di effettiva utilità.

Tuttavia, al fine di perseguire la fruttuosità della procedura esecutiva, occorre prendere in esame i rimedi e gli strumenti utilizzabili contro la mancata consegna dei veicoli pignorati, da un lato, al fine di indurre il debitore a collaborare per il buon esito della procedura, dall'altro, onde rinvenire i beni pignorati in termini ragionevoli, evitando che l'usura e il tempo incidano in maniera significativa sul valore del mezzo.

Successivamente, si analizzerà l'orientamento della più recente giurisprudenza di merito, al fine di verificare la possibilità per il creditore procedente di chiedere l'assegnazione diretta del veicolo pignorato.

2. La condotta del debitore pignorato: criticità e rimedi alla mancata consegna del mezzo

Anche a seguito della novella del 2015, il problema principale rimane irrisolto. Cosa fare in caso di mancata consegna dei beni pignorati da parte del debitore? Quali rimedi può utilizzare il creditore per conseguire la materiale apprensione del veicolo pignorato?

Come sopra evidenziato, nell'ipotesi di mancata consegna del bene da parte del debitore, il *dies a quo* del termine legale dei 30 giorni per il deposito in cancelleria della nota di iscrizione a ruolo – previsto dal 5 comma dell'art. 521 bis c.p.c. – rimane sospeso[13], senza tuttavia poter realizzare la soddisfazione per equivalente del diritto del creditore procedente. Per risolvere tale *impasse* il creditore ha a disposizione alcuni strumenti al fine di ottenere la consegna del bene pignorato, *in primis* sporgere querela nei confronti del debitore per il reato previsto e punito dall'art. 388 c.p.[14].

A tenore del terzo comma della norma penale citata: “*chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa di sua proprietà sottoposta a pignoramento (...) è punito con la reclusione fino a un anno...*”. Sul punto la Suprema Corte ha espressamente statuito che integra la fattispecie di cui all'art. 388 c.p. la condotta del debitore che ometta di consegnare il bene pignorato ai sensi dell'art. 521 bis c.p.c.[15].

Il creditore può, altresì, segnalare la violazione agli organi di polizia affinché procedano ai sensi del citato quarto comma della norma in commento. Tuttavia, come sopra evidenziato, in mancanza del deposito di una querela, non è ravvisabile alcun onere di attivazione da parte delle autorità di polizia preposte, le quali, quindi, difficilmente potranno intraprendere autonome attività di ricerche dei mezzi[16].

[10] Sul punto, parte della giurisprudenza di merito aveva evidenziato che nel caso di mancata consegna del mezzo pignorato ed iscrizione a ruolo della procedura il Giudice dell'esecuzione doveva disporre l'estinzione del procedimento, non potendovi essere una sua prosecuzione in assenza del bene. Cfr. Trib. Mantova del 17.07.2015 e Trib. Mantova 26.05.2015 reperibili sul sito www.ilcaso.it.

[11] In deroga all'art. 497 c.p.c., il comma 7 dell'art. 521 bis c.p.c. afferma che: l'istanza di assegnazione o l'istanza di vendita deve essere depositata entro quarantacinque giorni dal deposito da parte del creditore della nota di iscrizione a norma del presente articolo ovvero dal deposito da parte di quest'ultimo delle copie conformi degli atti, a norma dell'articolo 159-ter delle disposizioni per l'attuazione del presente codice.

[12] Parte della giurisprudenza di merito – in relazione all'ipotesi in cui il *dies a quo* del termine legale dei 30 giorni per il deposito in cancelleria della nota di iscrizione a ruolo non decorra per la mancata consegna del veicolo pignorato in capo all'IVG, a causa dell'inadempimento dell'obbligo del debitore pignorato, custode *ex lege* – ha affermato che l'*impasse* debba essere risolto con il deposito in cancelleria della nota di iscrizione a ruolo e dell'istanza di vendita in applicazione dell'ultimo comma dell'art. 521 c.p.c., stante il richiamo operato in chiusura dall'art. 521 bis c.p.c. che si chiude con un rinvio alle norme in materia di espropriazione presso il debitore ex art. 513 e ss c.p.c. I Giudici di merito rilevano come l'ultimo comma dell'art. 521 c.p.c. imponga al GE di disporre la sostituzione del custode del bene pignorato, con nomina obbligatoria dell'IVG. Cfr. Trib. Di Padova, del 25.08.2015, reperibile sul sito www.ilcaso.it.

[13] In questo senso anche GOBIO CASALI, *Pignoramento di autoveicoli ex art. 521 bis c.p.c.: problemi applicativi*, reperibile sul sito www.judicium.it

[14] La denuncia deve essere presentata entro 3 mesi dalla notizia del fatto, ovvero, entro tre mesi dalla scadenza del termine di 10 giorni per la consegna del bene pignorato prevista per il debitore.

[15] Cfr. Cass. Pen. del 22.04.2016, n. 19412.

[16] Tale soluzione pare praticabile allora quanto il creditore venga a conoscenza *aliunde* del luogo in cui si trovano i beni pignorati. In caso contrario pare preferibile procedere con la presentazione della denuncia nei termini di legge di cui sopra.

In secondo luogo, il pignorante può chiedere al Giudice – ai sensi dell'art. 66 c.p.c. e anticipatamente rispetto al deposito dell'istanza di vendita – la sostituzione del custode dei beni pignorati, chiedendo la nomina dell'IVG, al posto del debitore inadempiente.

Tale opzione potrebbe consentire al creditore di attendere sino all'eventuale ed effettiva apprensione del veicolo da parte dell'IVG, evitando in caso in cui quest'ultimo non riesca ad ottenere la consegna di mezzi di dover sostenere i costi per l'iscrizione a ruolo della procedura^[17] e delle spese di custodia^[18].

Infine, come rilevato da parte della giurisprudenza, il creditore può decidere di depositare in ogni caso l'istanza di vendita, auspicando che il veicolo pignorato venga recuperato nelle more del procedimento. In tale ipotesi il Giudice dell'Esecuzione sulla base del rinvio alle norme in materia di espropriazione presso il debitore ex art. 513 e ss. c.p.c. operato in chiusura dall'art. 521 bis c.p.c. potrà disporre la sostituzione del custode del bene pignorato, con nomina obbligatoria dell'IVG^[19].

3. Assegnazione del bene pignorato: la pronuncia del Tribunale di Mantova del 18.10.2016

L'ultimo profilo che merita di essere preso in esame è relativo alla possibilità per il creditore procedente di richiedere direttamente l'assegnazione dell'autoveicolo pignorato alla luce del disposto dell'art. 521 bis comma 7 c.p.c. il quale afferma: «*in deroga a quanto previsto dall'articolo 497, l'istanza di assegnazione o l'istanza di vendita deve essere depositata entro quarantacinque giorni dal deposito da parte del creditore della nota di iscrizione a norma del presente articolo ovvero dal deposito da parte di quest'ultimo delle copie conformi degli atti, a norma dell'articolo 159-ter delle disposizioni per l'attuazione del presente codice*».

Il tenore sibillino della norma sembrerebbe avvallare la pos-

sibilità per il creditore di richiedere direttamente l'assegnazione del bene in assenza dell'inciso “per il caso in cui la vendita non abbia luogo” invece presente nel dispositivo dell'art. 588 c.p.c.^[20].

Com'è noto, ai sensi dell'art. 529 comma 2 c.p.c. l'assegnazione diretta può essere richiesta dal creditore quanto il valore del bene pignorato risulti da listino di borsa o di mercato, senza dover prima tentare la vendita del bene.

Tuttavia, l'espressione “listino di mercato” si presta ad interpretazioni estensive e non risulta scontato il riferimento alle sole quotazioni delle Camere di Commercio, anche alla luce della *ratio* normativa. Invero, se da un lato non è rinvenibile un sistema ufficiale di rilevamento dei prezzi di scambio per il bene staggito, dall'altro, l'assegnazione diretta del mezzo potrebbe essere una ipotesi di soddisfacimento appetibile per il creditore e il valore del bene potrebbe comunque essere determinato sulla base della normativa per la valutazione degli autoveicoli usati, applicata in ambito assicurativo.

Sul punto, il Tribunale di Mantova^[21] ha ritenuto ammissibile l'assegnazione solo dopo un primo infruttuoso tentativo di vendita – analogamente a quanto previsto per gli immobili dall'art. 588 c.p.c. – allo scopo di assicurare la possibilità di un ricavo maggiore della vendita forzata, anche nell'interesse dell'esecutato.

I Giudici di merito giustificano l'interpretazione restrittiva dell'art. 521 bis c.p.c., enfatizzando una interpretazione sistematica e coerente con l'art. 529, comma 2, c.p.c. ritenendo che in assenza di un mercato ufficiale e di un sistema ufficiale di rilevamento dei prezzi di scambio dei veicoli l'opzione dell'assegnazione diretta non sia praticabile.

Tale interpretazione, in parte censurabile per quanto sopra esposto, pare tuttavia preferibile, al fine di garantire anche al debitore esecutato una procedura esecutiva trasparente e corretta.

[17] L'art 14 comma 1 del d.p.r. 115/2002 stabilisce che il pagamento del contributo unificato non è dovuto per tali procedimenti con l'iscrizione a ruolo della causa, ma solo con il deposito dell'istanza di vendita/assegnazione.

[18] Invero, secondo parte della dottrina gli effetti della sostituzione giudiziale del custode non sarebbero immediati ma rimarrebbero sospesi sino all'effettiva presa in carico dei beni pignorati da parte dell'IVG. Cfr. GOBIO CASALI, *Op. cit.*; CANNONE, *Op. Cit.*

[19] Vedasi la nota n. 12. Cfr. Trib. Di Padova, del 25.08.2015.

[20] Ai sensi dell'art. 588 c.p.c.: “ogni creditore, nel termine di dieci giorni prima della data dell'udienza fissata per la vendita, può presentare istanza di assegnazione, per sé o a favore di un terzo, a norma dell'articolo 589 per il caso in cui la vendita non abbia luogo».

[21] Tribunale di Mantova, 18.10.2016 reperibile sul sito www.icaso.it

PROVA TESTIMONIALE

Modalità irrituali di deduzione della prova testimoniale. L'assenza di capitolazione autonoma e il rinvio alla narrativa contenuta nell'atto processuale. Nota a Tribunale di Pavia, ordinanza, 25 maggio 2018

di Cinzia Gamba

del 4 febbraio 2019

Sommario

1. Il caso e i profili della decisione.
2. La prassi della capitolazione effettuata mediante rinvio alla narrativa contenuta nel corpo dell'atto nell'elaborazione interpretativa

1. Il caso e i profili della decisione

Tribunale di Pavia, ordinanza, 25 maggio 2018

PROCEDIMENTI SPECIALI – Procedimenti in materia di lavoro e di previdenza – Procedimento di primo grado – In genere – Deduzione della prova testimoniale – Capitolazione per rinvio alla narrativa – Inammissibilità.

È inammissibile la prova testimoniale dedotta con riferimento alle «circostanze della pregressa narrativa in fatto ... espunte qualunque tipo di elemento valutativo», non articolata su fatti storici precisi e ben determinati, tale da richiedere al giudice una indebita attività di ripulitura dei fatti e di rimodulazione delle circostanze oggetto di testimonianza.

Il provvedimento del Tribunale di Pavia in commento (ordinanza del 25 maggio 2018) interviene in relazione ad una prassi, inerente alla capitolazione delle prove testimoniali, irrituale rispetto alle prescrizioni contenute nell'art. 244 c.p.c. Uno dei difensori del caso in esame, anziché provvedere alla redazione di capitoli di prova, in sede di richieste istruttorie, ha provveduto a dedurre la prova testimoniale sostituendo i capitoli di prova con un rinvio alla narrativa dell'atto processuale, utilizzata in funzione di "contenitore" dei capitoli di prova oggetto di deduzione (la formula utilizzata è stata la seguente: "...si chiede di essere ammessi alla prova per testi sulle circostanze di fatto di cui ai paragrafi da II a X capitoli dal n. 1) al n. 147 della pregressa narrativa in fatto, espunte di qualunque elemento di tipo valutativo e qui da intendersi integralmente ritrascritte quali capitoli di prova e precedu-

te dalle parole "vero che").

La decisione del Tribunale di Pavia va ad arricchire il quadro giurisprudenziale che ha preso posizione sulla prassi in esame. A fronte di una capitolazione effettuata per rinvio alla narrativa contenuta nel corpo dell'atto, il tribunale ha dichiarato la inammissibilità della prova irrualmente dedotta sulla base di due argomenti.

In primo luogo, il tribunale ha escluso che la capitolazione prospettata dalla parte nel caso di specie integrasse il requisito della specificità richiesto dall'art. 244 c.p.c. Nella motivazione della sentenza si legge che il rinvio alle «circostanze di fatto di cui ai paragrafi da II a X capitoli dal n. 1) al n. 147 della pregressa narrativa in fatto», contenuto della deduzione della prova testimoniale, fosse in contrasto con i parametri richiesti dalla legge in quanto la narrativa oggetto di rinvio non era articolata su fatti storici ben specifici e determinati". La decisione del tribunale di Pavia, pertanto, si è posta in linea con la tesi interpretativa generale della Corte di Cassazione, a mente della quale la mancanza di indicazione specifica dei fatti nella deduzione della testimonianza, in quanto requisito di rilevanza della prova, è rilevabile d'ufficio dal giudice e rende inammissibile la testimonianza medesima (Cass. 19 gennaio 2018, n. 1294, in *Pluris*).

Inoltre, il tribunale ha ritenuto irrituale la deduzione della prova testimoniale per rinvio alla narrativa in quanto la formula usata dalla parte prevedeva che dalle circostanze di fatto fossero "espunte di qualunque elemento di tipo valutativo

e qui da intendersi integralmente ritrascritte quali capitoli di prova e precedute dalle parole “vero che”. Il giudice ha interpretato il sintagma come una esplicita sollecitazione all'esercizio di poteri istruttori facenti capo al giudice stesso, ed ha argomentato escludendo la sussistenza dei poteri istruttori in base a due valutazioni normative:

1) sotto un primo profilo, si è escluso che poteri di emendamento dei capitoli di prova potessero sussistere in base all'art. 253 c.p.c. Il Tribunale di Pavia si è così posto in linea con la recente giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale l'indagine del giudice di merito sui requisiti di specificità e rilevanza dei capitoli formulati dalla parte istante va condotta non solo alla stregua della loro formulazione letterale, ma anche in correlazione all'adeguatezza fattuale e temporale delle circostanze articolate, con l'avvertenza che la facoltà del giudice di chiedere chiarimenti e precisazioni ex art. 253 c.p.c., di natura esclusivamente integrativa, non può tradursi in una inammissibile sanatoria della genericità e delle deficienze dell'articolazione probatoria (da ultimo, Cass. 5 giugno 2018, n. 14364, in *Pluris*).

b) Inoltre, il medesimo auspicato intervento si è posto in contrasto con il principio di disponibilità della prova nonché con i limiti generali di esercizio dei poteri istruttori del giudice, previsti dall'art. 421 c.p.c. Con particolare riguardo all'art. 421 c.p.c., in primis è pacifico che la norma in esame non deroghi al principio della domanda ed all'onere di allegazione dei fatti rilevanti che incombe sulle parti e che, quindi, il tema della lite può essere determinato solo da queste ultime; l'art. 421, infatti, incide solo sull'iniziativa probatoria, che fa capo anche al giudice oltre che alle parti, ma non incide sul divieto di utilizzare la scienza privata del giudice stesso (senza pretesa di completezza, si vedano Montesano L., Vaccarella G., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, 3^a ed., Napoli, 1996, 192; Fabiani E., *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*, in *FI*, 2005, I, 1142). In ogni caso, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio attribuiti al giudice non può superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda (tra le numerose v. Cass. 11 aprile 2017, n. 9296, in *Pluris*). I poteri istruttori del giudice ex art. 421 c.p.c. – pur diretti alla ricerca della verità, in considerazione della particolare natura dei diritti controversi – non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, né tradursi in poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale (così, chiaramente, ex *multiis* Cass. 8 agosto 2002, n. 12002, in *L.G.*, 2003, 79).

Esclusa la sussistenza di poteri in capo al giudice che potesse legittimare l'intervento del giudice nel senso auspicato

dalla parte, il tribunale di Pavia ha concluso con la dichiarazione di inammissibilità della prova testimoniale così come capitolata. La scelta è in linea con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente, che ha preso posizione sulla prassi in esame.

2. La prassi della capitolazione effettuata mediante rinvio alla narrativa contenuta nel corpo dell'atto nell'elaborazione interpretativa

Il perno dei requisiti della corretta capitolazione della prova testimoniale è incentrato sulla c.d. specificità ai sensi dell'art. 244 c.p.c. Per la sussistenza in concreto di tale requisito, secondo l'interpretazione prevalente, è condizione sufficiente che siano definiti gli elementi essenziali di tempo, di luogo e di svolgimento delle circostanze di fatto, senza connotazioni formalistiche, al fine di porre il teste in condizione di limitarsi a descrivere i fatti obiettivi (sull'applicazione dell'art. 244 c.p.c. e sul requisito di specificità, senza pretesa di completezza, si v. Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1954, sub art. 244; Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2016, vol. II, 291 ss.; Taruffo M., *Prova testimoniale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXVII, 748 ss.; Dondi A., *Prova testimoniale nel processo civile*, DDPIV civ., XVI, Torino 1997, 56 ss.; Crevani R., *Prova testimoniale*, in Taruffo M., *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 632 ss.; Comoglio L.P., *Le prove civili*, Utet, Torino, 2004, 456 ss.; sulle molteplici questioni interpretative cui la norma ha dato luogo, si rinvia all'ampia rassegna giurisprudenziale e dottrinale di Trogna L., *Commentario breve al c.p.c.*, a cura di Carpi F. e Taruffo M., Cedam, Padova, 2018, sub art. 244; secondo la giurisprudenza, la specificazione dei fatti in capitoli serve per consentire al giudice di controllare l'influenza e la pertinenza della prova nonché per consentire alla controparte di formulare un'adeguata prova contraria: ex *multiis*, Cass. 2 febbraio 2015, n. 1808; Cass. 22 aprile 2009, n. 9547; Cass. 22 aprile 2009, n. 9547; Cass. 2 febbraio 2015, n. 1808; Cass. 2 febbraio 2015, n. 1808, Cass. 12 ottobre 2011, n. 20997, tutte in *Pluris*).

Il discorso si complica, ovviamente, se la capitolazione avvenga per rinvio e la narrativa contenuta nel corpo dell'atto non rispetti i requisiti richiesti dall'art. 244 c.p.c., così come elaborati dalla giurisprudenza. In tal caso, potrebbero ben emergere i presupposti per una dichiarazione di inammissibilità della prova testimoniale irrivalentemente dedotta: ed è ciò che è avvenuto nel caso in esame oggetto della decisione in commento.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha avuto talvolta modo di occuparsi del problema specifico in esame.

Secondo la dottrina, in particolare, la deduzione della prova testimoniale deve essere fatta in capitoli separati: tuttavia la sua inosservanza determina una irregolarità che non impedisce l'ammissibilità della prova se i fatti sono specificati (Laudisa L., *Prova testimoniale*, in *EG*, Roma, 1991, XXV, 7). Con particolare riguardo alla deduzione della prova testimoniale mediante rinvio alle circostanze di fatto contenute in narrativa, vi sono in giurisprudenza taluni precedenti: secondo la Cassazione, nel rito del lavoro, ai fini della ammissibilità della prova testimoniale è sufficiente che siano stati articolati i capitoli di prova e siano stati indicati i testimoni da escutere e non osta alla ammissibilità della prova il fatto che i capitoli di prova non siano separati dalla narrativa in fatto e numerati, qualora l'articolazione della narrativa si componga di capitoli separati nei quali vengono schematicamente ed analiticamente indicati i fatti su cui la domanda si fonda (Cass. 22 luglio 2004, n. 13753, *MGL*, 2004, 871). In materia di opposizione allo stato passivo fallimentare e con riguardo alla prova testimoniale di prestazioni di lavoro, ai sensi dell'art. 416 c.p.c., poichè i fatti da allegare devono essere indicati in maniera specifica negli atti introduttivi, affinché le richieste probatorie rispondano al requisito di specificità, è sufficiente indicare come mezzi di prova i fatti allegati – nella specie, nella premessa dell'opposizione ex art.98 legge fall., – a fondamento delle pretese iniziali, senza necessità di riformularli separatamente come capi di prova. (Cass. civ. Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 4708, in *Fall.*, 2011, 10, 1244). La giurisprudenza di merito, in un numero discreto di casi, si è espressa a favore dell'inammissibilità della prova dedotta con riferimento alle «circostanze di fatto indicate in narrativa», ove non siano scorporabili dati oggettivi da valutazioni ed argomentazioni logiche. Ad esempio, secondo Trib. Foggia 24 giugno 2013, in *Pluris*, è inammissibile la prova testimoniale formulata senza l'osservanza dei criteri di cui all'art. 244 c.p.c., ovvero senza la indicazione specifica dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascun testimone deve essere interrogato, ma mediante il generico riferimento alle circostanze esposte in narrativa dell'atto di citazione, ove i fatti sono narrati in maniera fluente, senza articolazione per punti, unitamente alle valutazioni giuridiche,

ai giudizi ed alle conclusioni, senza alcuna possibilità di essere da essi estrapolate per capitoli (nello steso senso, App. Napoli, sez. spec. propr. industr. ed intell., 31 agosto 2010; Trib. Foggia, 12 aprile 2013, tutte in *Pluris*; tre le più risalenti, Pret. Bari, ord. 6 marzo 1997, in *F. it.* 98, I, 1694, Pret. Bologna, ord. 23 luglio 1998, Pret. Ferrara, ord. 24 dicembre 1997, in *MGL*, 1998, 919, per il rito del lavoro; App. Torino 14 settembre 1992, *G. it.* 94, I, 2, 370). Importante è altresì Cass. 7 giugno 2011, n. 12292, la quale, con riferimento ad una ipotesi di deduzione della prova testimoniale sul contenuto integrale della comparsa di risposta, ha precisato che non può essere richiesto al giudice di estrapolare i capitoli di prova, tramite «lettura esplorativa» dell'atto di parte, contrastandovi il principio di disponibilità della prova.

La decisione del tribunale di Pavia, inoltre, non sembra porsi in contrasto neppure con la giurisprudenza meno formalista, secondo la quale l'idoneità della specificazione dei fatti dedotti dalle parti nei capitoli di prova, non deve desumersi soltanto dalla loro formulazione letterale, bensì anche da tutti gli altri atti e dalle deduzioni delle contendenti in causa (Cass. 31 gennaio 2007, n. 2201, in *Pluris*). La irritalità delle modalità di capitolazione, che ricomprendevano, in sostanza, la totalità della narativa contenuta nel corpo dell'atto, supera la tesi giurisprudenziale, in quanto nel caso di specie la valutazione del giudice ha investito proprio le allegazioni generali e le deduzioni svolte dalla parte, utilizzate in funzione di capitoli di prova.

Nella fattispecie in esame, la scelta stilistica relativa alle modalità di deduzione, pertanto, si è rivelata irrituale ed è andata incontro alla decisa censura del Tribunale di Pavia, il quale non ha accettato le modalità irritualmente adottate dalla parte e ha dichiarato la inammissibilità della prova testimoniale. Nella motivazione, come si è visto, il giudice, dopo aver preso in considerazione le regole processuali che informano la capitolazione, ha escluso altresì che l'estensione dei poteri istruttori potesse ricomprendere la depurazione della narativa dell'atto al fine di compiere una sorta di "ricostruzione dei capitoli" stessi, secondo il rinvio operato dalla parte. Pertanto, il giudice ha concluso dichiarando inammissibile la prova testimoniale così dedotta.

ESECUZIONI IMMOBILIARI E PROFESSIONISTA DELEGATO

Esecuzioni immobiliari: il ruolo del Professionista Delegato e il controllo sul suo operato

di Elena Briganti

del 4 febbraio 2019

Sommario

1. Il processo esecutivo immobiliare e la delega delle operazioni di vendita
2. Il ruolo del Professionista Delegato e i rapporti col giudice titolare del procedimento di esecuzione
3. I rimedi esperibili avverso gli atti di diretta emanazione del Professionista Delegato. Rapporti con l'opposizione di cui all'art. 617 c.p.c.

1. Il processo esecutivo immobiliare e la delega delle operazioni di vendita

Il procedimento di espropriazione forzata, in particolare l'esecuzione immobiliare, è un processo complesso e a fasi progressive che richiede l'espletamento di numerose attività e tempi, alle volte, lunghi.

La fase prodromica è determinata dall'ottenimento del titolo esecutivo per mezzo del quale agire, dall'intimazione mediante precetto e dal successivo pignoramento a cui deve seguire, entro 15 giorni, l'iscrizione al ruolo della procedura.

In particolare, per ciò che concerne le esecuzioni immobiliari, l'atto di pignoramento deve essere anche trascritto nei pubblici registri immobiliari, in copia autentica "uso trascrizione" unitamente alla prova dell'avvenuta notifica dello stesso presso il debitore.

Detta trascrizione determina sia effetti sostanziali che processuali. I primi riguardano la pubblicità della notizia nonché comporta l'opponibilità del pignoramento ai terzi ed ad eventuali creditori concorrenti.

Dal punto di vista processuale, invece, tali effetti attengono alla possibilità, per il Giudice dell'esecuzione, di procedere all'emissione dell'ordinanza che autorizza la vendita dei beni colpiti da detto pignoramento.

Successivamente alla trascrizione, è necessario che il creditore procedente noti circa la pendenza della procedura, se vi sono, i creditori iscritti nonché i comproprietari degli immobili colpiti dal pignoramento secondo quanto disposto agli artt. 498 e 599c.p.c.

La fase prodromica alla vendita forzata dell'immobile si conclude con il deposito dell'istanza di vendita ad opera sempre del creditore, entro 45 giorni dall'atto di pignoramento immobiliare.

A questo punto si apre, per così dire, la fase nevralgica del processo esecutivo immobiliare, modificata sensibilmente dal [d.l. n. 83/2015](#), convertito in [legge n. 132 del 6/8/2015](#)[1]. I soggetti che prendono parte a tale fase sono molteplici.

Anzitutto vi è il Giudice dell'Esecuzione, scelto nel rispetto dei criteri di competenza dettati all'[art. 26 c.p.c.](#) che, secondo quanto disposto dal legislatore, funge da «direttore» dell'espropriazione, pronunciandosi, di regola, mediante ordinanza salvo specifici casi in cui si pronuncia mediante decreto.

Il primo ausiliare nominato dal Giudice con decreto è il custode. Egli, nel corso della procedura, avrà il compito di controllare la regolarità dell'operato del creditore procedente, nonché e fondamentalmente, di immettersi nel possesso dell'immobile e "custodirlo", nel senso di conservarlo ed amministrarlo nelle more del procedimento, rapportandosi con il debitore. Dovrà, inoltre, assistere il consulente tecnico incaricato di redigere la valutazione commerciale del compendio, nonché di esprimere le proprie valutazioni sulla stessa.

Qualora non vi siano particolari esigenze di controllo, il Giudice può nominare, quale custode, lo stesso debitore, autorizzandolo a permanere nell'immobile[2].

Successivamente, alla prima udienza di comparizione del-

[1] Si veda, in generale, M. E. Povia, *Guida al processo esecutivo immobiliare dopo le riforme*, Barletta, 2016.

[2] Tale autorizzazione può essere concessa anche nel caso in cui il custode sia un soggetto differente dal debitore. Qualora, difatti, quest'ultimo ne faccia espres-

le parti, qualora il debitore non abbia richiesto la conversione del pignoramento, salvo eventuali opposizioni all'esecuzione o agli atti esecutivi e salvo irregolarità, il Giudice, mediante ordinanza, autorizzerà la vendita dell'immobile al prezzo base individuato dal Consulente Tecnico all'interno della perizia, delegando l'espletamento di tali operazioni ad un Professionista (notaio, avvocato o commercialista) e, al contempo, dettando lui le condizioni da seguire pedissequamente nel subprocedimento di vendita.

Se prima della summenzionata riforma la delega delle operazioni di vendita ad un soggetto esterno era una scelta opzionale, ad oggi, la tendenza è quella di circoscrivere il più possibile l'intervento del Giudice dell'esecuzione, esternalizzando il maggior numero di attività possibili.

La regola generale, come prescritta all'[art. 591 bis c.p.c.](#), comma primo, stabilisce che le vendite immobiliari dovranno sempre essere delegate al Professionista, salvo casi eccezionali nei quali il Giudice, *"sentiti e creditori, ravvisi l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti"*[3].

Il professionista delegato è così divenuto il fulcro del procedimento di vendita forzata, attuato, appunto, mediante esecuzione immobiliare.

2. Il ruolo del Professionista Delegato e i rapporti col Giudice titolare del procedimento di esecuzione

Il ruolo del Professionista Delegato si sostanzia, pertanto, nel porre in essere tutte le operazioni inerenti la vendita secondo le modalità indicate dall'[art. 569 c.p.c.](#), terzo comma.

Egli provvede, innanzitutto, alla redazione dell'avviso di vendita, ove ne vengono descritte le circostanze e modalità e del quale viene fatta opportuna pubblicità, ai sensi di quanto

disposto dall'[art. 490 c.p.c.](#), al fine di portarlo alla conoscenza degli eventuali interessati[4].

Successivamente, il giorno dell'asta, il Professionista Delegato guiderà l'incanto personalmente e disporrà, al termine dello stesso, l'aggiudicazione del bene al migliore offerente[5].

Avvenuto il saldo del prezzo, egli predisporrà una "bozza" del decreto di trasferimento, che trasmetterà al Giudice dell'esecuzione per il controllo e la successiva emissione. Come si può notare, il Delegato va a compiere tutte le operazioni necessarie al perfezionamento della procedura mediante la liquidazione del bene.

Occorre ora chiedersi in quale rapporto egli si ponga rispetto al Giudice titolare del procedimento di esecuzione in questione.

Tale relazione è regolata dal principio generale secondo cui le attività del Delegato è come se fossero espletate direttamente dal Cancelliere o dal Giudice dell'esecuzione stesso[6].

La delega si sostanzia, pertanto, in una devoluzione delle operazioni di vendita ad un soggetto che predispone di prerogative particolari[7] benché estraneo all'ordinamento giudiziario.

Trattasi, sostanzialmente, di una sorta di "sostituto processuale", i cui atti generano i medesimi effetti processuali di quelli di diretta emanazione del Giudice delegante.

Chiaramente, tale esternalizzazione è stata pensata dal legislatore al fine di alleggerire, ridurre, l'aggravio di lavoro dei Giudici dell'esecuzione il cui ruolo è solitamente in sovraccarico.

Questo meccanismo di "sostituzione" fa scaturire un doppio piano di esigenze, strettamente collegate tra loro.

samente richiesta, potrà essere autorizzato, dal Giudice dell'esecuzione, ad occupare l'immobile oggetto di espropriazione sino al momento della vendita, salvo, naturalmente, che si renda disponibile a far visionare l'immobile ad eventuali interessati. Tale possibilità è coerente con l'esigenza di non aggravare i costi della procedura immobiliare con le spese necessarie per la liberazione coattiva dell'immobile.

La stessa possibilità è prevista per il soggetto non proprietario ma affittuario, con la differenza che, dal momento del subentro della custodia, dovrà corrispondere i canoni locatizi sul conto acceso dal custode *ad hoc*, ed intestato alla procedura esecutiva.

[3] Così dispone il [secondo comma dell'art 591 bis c.p.c.](#)

[4] Solitamente questo avviene mediante la pubblicazione dello stesso avviso (a firma del delegato) nei quotidiani della circoscrizione in cui si trova l'immobile, come nei siti internet specializzati (asteannunci.it; astegiudiziarie.it ecc..).

A seguito della riforma del 2015, il novellato [art. 490 c.p.c.](#) prevede, inoltre, che l'avviso di vendita debba essere inserito, altresì, sul portale del Ministero della Giustizia in un'area pubblica denominata "portale delle vendite pubbliche".

[5] Chiaro è che, qualora nei termini di legge per come specificati nell'avviso di vendita, non vengano presentate offerte, il Professionista redigerà verbale negativo di asta deserta e provvederà a rimettere il compendio in vendita ad un prezzo ribassato sino a quando, esauriti i poteri di delega o raggiunto un prezzo inferiore al minimo di legge, non sarà costretto a rimettere gli atti al Giudice al fine di valutare la convenienza di una eventuale prosecuzione.

[6] Sull'istituto della delega si veda, in generale, E. Fabiani, *La delega alle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, Padova, 2007.

[7] Come, ad esempio, la facoltà di deliberare sulle offerte ex [art. 572, comma primo, c.p.c.](#) o, ancora, la possibilità di irrogare addirittura cauzioni, come quanto disposto dall'[art. 584 c.p.c.](#) per la perdita della cauzione.

Innanzitutto, al Delegato deve essere garantita la possibilità di rapportarsi col Giudice titolare. In ragione delle circostanze che di volta in volta si verificheranno, dovrà essergli permesso di consultarsi col magistrato al fine di acquisire istruzioni o orientamenti da seguire.

Secondariamente, essendo gli atti del Professionista parificabili, come detto, a quelli del Giudice, deve essere possibile, per quest'ultimo, esercitare su questi un ampio potere di controllo. Egli, difatti, ha il potere di sindacare gli atti del Professionista Delegato tanto su questioni materiali quanto giuridiche, sia a priori, sia a posteriori nel caso in cui questi vengano impugnati[8].

Per ciò che attiene la prima considerazione, l'[art. 591 ter c.p.c.](#), prevede espressamente che qualora, nel corso delle operazioni di vendita, il Professionista incorra in qualche difficoltà, potrà fare riferimento al Giudice dell'esecuzione che provvederà direttamente a risolvere la problematica sottopostagli, pronunciandosi mediante decreto o, semplicemente, si preoccuperà di dettare le istruzioni utili al superamento della criticità.

Chiaramente, un continuo ricorso da parte del Delegato al Giudice, vanificherebbe il fine deflattivo ragione della delega stessa.

Ciò è contrastato, in prima battuta, dalla completezza delle ordinanze con cui viene disposta la delega delle operazioni di vendita. Esse, difatti, solitamente circoscrivono in maniera attenta il ruolo e i compiti dell'ausiliare ed indicano a lui tutti gli elementi utili e necessari per il perfezionamento dell'incarico.

Secondariamente, il ricorso al Giudice può essere evitato dallo stesso Professionista, che ben ha la facoltà di risolvere i problemi in autonomia esercitando il proprio ruolo autoritativo, compiendo, di sua iniziativa, l'atto del processo che gli compete.

Inoltre, sempre in virtù della volontà di semplificazione e ve-

locizzazione della procedura esecutiva presente nella mente del legislatore, tale "rapporto" è regolato dal principio della libertà delle forme.

Qualora la problematica non sia di rilevante importanza o non richieda una pronuncia particolare, il Professionista potrà, difatti, conferire con il magistrato anche oralmente, senza la necessità di formulare e depositare una istanza *ad hoc*. Ancora, anche nel caso in cui la soluzione della questione richieda un intervento formale del Giudice, stimolato dall'istanza del Professionista, il procedimento sarà esente dal dover rispettare il principio del contraddittorio. Le altre parti del procedimento, difatti, non prenderanno parte a tale interlocuzione poiché, solitamente e salvo casi eccezionali, il Giudice si pronuncerà fuori udienza.

I soggetti in disaccordo rispetto alla statuizione del Giudice, potranno manifestare le proprie doglianze soltanto in un momento successivo, mediante la proposizione di reclamo avverso il decreto del Giudice dell'esecuzione[9]. A pronunciarsi su tale ricorso sarà proprio quest'ultimo mediante ordinanza.

Solo a seguito della proposizione del reclamo si aprirà, quindi, un procedimento, una parentesi di cognizione, aperta a tutte le parti della esecuzione, così come anche ad eventuali terzi interessati[10].

Occorre accennare velocemente, a questo punto, ai mezzi attraverso i quali è possibile impugnare l'ordinanza che decide sul reclamo.

Prima della riforma del 2015 sopra richiamata, l'[art. 591 ter c.p.c.](#), all'ultimo capoverso, faceva espresso richiamo all'opposizione agli atti esecutivi di cui all'[articolo 617 c.p.c.](#)[11]. Ad oggi, in sede di conversione in legge del [d.l. n. 83 del 2015](#), tale meccanismo di controllo è stato radicalmente modificato. Il riferimento a tale opposizione è stato, di fatto, soppiantato dalla possibilità di esperire, avverso il provvedimento del Giudice, reclamo cautelare ex [art. 669 ter de-](#)

[8] L. Biffi, *Sui rimedi contro gli atti degli ausiliari del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 10, p. 2111 e ss.

[9] Tale gravame non comporta l'automatica sospensione del procedimento esecutivo. Il Giudice, tuttavia, potrà disporre in tal senso qualora ritenga sussistano gravi motivi che attengono, solitamente, all'impossibilità o all'inopportunità della vendita. Questi possono essere, a titolo esemplificativo, il depauperamento improvviso del bene, una occupazione senza titolo che vada ad incidere sul valore di mercato del bene, oppure, ancora, la presenza di omissioni informative ai danni di soggetti aventi diritto.

[10] Quali, ad esempio, l'offerente, l'aggiudicatario o, anche, l'assegnatario. Ad esempio, per ciò che attiene al primo di questi soggetti, egli ben potrebbe essere interessato al partecipare al subprocedimento di reclamo avverso una pronuncia del Giudice che dichiara "non ricevibile" una domanda di partecipazione all'asta concorrente.

Naturalmente, non potrà attivare il procedimento di reclamo il Professionista Delegato stesso, poiché, essendo egli il sostituto del Giudice, la pronuncia di quest'ultimo certo sarà nei suoi confronti vincolante e insindacabile.

[11] In effetti, questo era l'unico rimedio attivabile tanto avverso l'ordinanza definitiva del reclamo, quanto contro le istruzioni impartite dal Giudice al Delegato mediante l'ordinanza di delega o in un momento successivo, purché prima che ne fosse data effettiva attuazione.

[cies c.p.c.](#), quindi regolato dal c.d. rito cautelare uniforme, da proporsi dinanzi al Collegio del Tribunale[12].

La scelta attuata dal legislatore è coerente con le esigenze di rapidità sopra ricordate: egli tenta, in questo modo, di evitare una cognizione piena e lunga, caratterizzante il procedimento di opposizione agli atti esecutivi, favorendo il rito più “snello”, tipico dei procedimenti cautelari[13].

3. I rimedi esperibili avverso gli atti di diretta emanazione del Professionista Delegato. Rapporti con l'opposizione di cui all'art. 617 c.p.c.

Non resta che esaminare il caso in cui il Professionista Delegato emetta decisioni in maniera autonoma e indipendente rispetto al Giudice dell'esecuzione, facoltà e autorità di cui è ben provvisto sin dal momento della delega.

Il regime degli atti del Delegato è regolato sempre dall'[art. 591 ter c.p.c.](#)

Ivi il legislatore sceglie, quale rimedio esperibile avverso atti di diretta emanazione del Professionista, il reclamo presso lo stesso Giudice dell'esecuzione.

L'iter procedurale che seguirà detto gravame è il medesimo rispetto al reclamo proposto avverso il decreto pronunciato dal Giudice dell'esecuzione, per come esposto nel paragrafo che precede.

In virtù dell'esplicito riferimento allo strumento del reclamo, è attestata sia in dottrina che in giurisprudenza, la convinzione che avverso gli atti del Delegato non possa essere spiegata

né l'opposizione di cui all'[art. 617 c.p.c.](#)[14] né, chiaramente, quella di cui all'[art. 615 c.p.c.](#)

Tale preclusione è, innanzitutto, coerente con i principi generali di celerità e semplificazione caratterizzanti i procedimenti di esecuzione.

Inoltre, tale omogeneità dal punto di vista impugnatorio tra gli atti del Delegato e quelli del Giudice è altresì comprensibile alla luce della natura giuridica dell'ufficio del Professionista.

Come sopra detto, egli va a sostituirsi al Giudice nelle sue funzioni e, pertanto, come detto, gli atti da lui emanati, dal punto di vista dell'efficacia nei confronti delle parti e di terzi, saranno del tutto parificabili a quelli provenienti dal magistrato stesso.

Alla luce di ciò, non sarebbe spiegabile né plausibile la previsione di un differente regime di impugnazioni.

In altri termini, l'opposizione ex [art. 617 c.p.c.](#), ovvero il reclamo cautelare, sono azionabili soltanto nel momento in cui l'atto da impugnare diventa espressione del potere del giudicante[15]. È possibile ritenere pertanto e alla luce di quanto dispone l'[art. 591 ter c.p.c.](#), che nel procedimento di esecuzione, fin tanto che gli atti del Professionista Delegato non sono conosciuti dal Giudice, i rimedi esperibili sono da individuare solo nelle attività che vanno a sollecitare il Giudice stesso. Una tutela mediante l'opposizione o il reclamo cautelare, potrà essere azionabile solo e soltanto in un momento successivo[16].

[12] Nel quale, chiaramente, non potrà prendere parte il Giudice dell'Esecuzione, padre del provvedimento impugnato.

[13] Anche se, in effetti, la natura cautelare di tale rimedio fa sì che questo non possa dirsi idoneo a supplire al tradizionale rimedio ex [art. 617 c.p.c.](#) dal punto di vista dell'immutabilità della decisione del Giudice. Ciò è confermato anche dalla possibilità di impugnare il decreto di trasferimento, anche in relazione alle doglianze già rappresentate dinanzi al Collegio.

[14] In questo senso Cass., [20 gennaio 2011, n. 1335](#): “In tema di esecuzione forzata, il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, di cui all'[art. 617 c.p.c.](#), è esperibile esclusivamente nei confronti di atti riferibili al giudice dell'esecuzione, il quale è l'unico titolare del potere di impulso e di controllo del processo esecutivo, pertanto, ove tale giudice abbia delegato ad un notaio lo svolgimento delle operazioni, gli atti assunti dal professionista possono essere sottoposti al controllo del giudice dell'esecuzione, [...], ma non possono essere impugnati direttamente con l'opposizione agli atti esecutivi”.

Ancora, più di recente, Cass., [30 settembre 2015, n. 19573](#) aggiunge che “[...] solamente dopo che questi si sia pronunciato sull'istanza dell'interessato diviene possibile impugnare il relativo provvedimento giudiziale con le modalità di cui all'[art. 617 c.p.c.](#)”.

[15] Così anche Cass. Civ. Sez. III, [6 marzo 2018, n. 5175](#): “essendo il processo esecutivo articolato su di un sistema chiuso di rimedi, non è consentita azione in forma diversa dalle opposizioni esecutive o dalle altre iniziative cognitive specificamente previste da detto sistema processuale; non è, quindi, ammessa la contestazione di un atto compiuto dal Professionista Delegato, ausiliario del Giudice, nelle forme di una ordinaria azione di cognizione, o di un'opposizione esecutiva, essendo tale atto assoggettato al controllo del Giudice dell'esecuzione”.

[16] Così, P. Cendon, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Giuffrè, 2012.

APPELLO E PROVE

Le nuove prove in appello: la prova indispensabile

di Martina Mazzei

del 6 febbraio 2019

Sommario

L'appello come *revisio prioris instantiae*
 Il divieto di *ius novorum*
 L'inammissibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti in appello
 La prova indispensabile
 La giurisprudenza e la dottrina sul concetto di indispensabilità della prova
 L'indispensabilità della prova secondo le Sezioni Unite: la sentenza n. 10790 del 2017

L'appello come *revisio prioris instantiae*

L'appello è il più ampio mezzo di impugnazione ordinaria e costituisce l'unico gravame in senso stretto idoneo ad investire la decisione, oggetto di impugnazione, attraverso un nuovo esame della causa in fatto e in diritto.

Secondo l'opinione prevalente, oggetto della cognizione del giudice d'appello è la controversia già decisa dal giudice di primo grado e non soltanto la sentenza da questi emessa.

L'appello, infatti, rappresenta una fase del processo nella quale il giudizio può essere rinnovato, non con il semplice e globale riesame della sentenza di primo grado ma con un nuovo esame della causa nei limiti delle specifiche censure contenute nella domanda d'appello o meglio – a seguito delle modifiche apportate all'art. 342 c.p.c. dall'art. 54 del D.L.

22 giugno 2012 n. 83 – nei limiti dei motivi specifici[1].

Per effetto di diversi interventi normativi (in particolare la L. n. 353 del 1990, la L. n. 69/2009 e il D.L. 83 del 2012 convertito in L. n. 134 del 2012) e grazie ad alcune fondamentali sentenze della Corte di Cassazione si è ormai concretato il passaggio definitivo dell'appello da *novum iudicium* a *revisio prioris instantiae*.

La Suprema Corte[2], infatti, tenendo debitamente conto della struttura del giudizio di secondo grado, così come riformata dalla legge n. 353 del 1990 (che ha introdotto il divieto di *nova* in appello) e dalle leggi del 2009 e del 2012 (che hanno modificato l'art. 345 c.p.c.), è intervenuta con una serie di pronunce contribuendo a determinare l'attuale configurazione dell'appello quale *revisio prioris instantiae*.

[1] L'effettiva portata del requisito della specificità dei motivi d'appello – a seguito dell'emanazione del decreto legge n. 83/2012 – è stata oggetto di interpretazioni contrastanti. Con la sentenza n. 27199 del 16 novembre 2017 le Sezioni Unite sono intervenute per dirimere tali contrasti ermeneutici e per chiarire la portata del requisito della specificità dei motivi d'appello enunciando il seguente principio di diritto: "gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella L. 7 agosto 2012, n. 134, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni adottate dal primo giudice. Resta tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l'atto di appello debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado".

Per un'analisi della sentenza v. RUSSO, *Specificità dei motivi d'appello ex art. 342 c.p.c.: il punto dopo sez. un. 27199/2017*, in www.eclegal.it; M. Summa, *La riforma del 2012 non ha trasformato l'appello in un mezzo di impugnazione a critica vincolata*, in www.dirittoegiustizia.it; F. Godio, *Le sezioni unite confermano: l'appello «specifico» non richiede all'appellante alcuna sorta di «progetto alternativo di decisione»*, in *Corriere giur.*, 2018, 70 ss; Balena, *I rassicuranti chiarimenti delle sezioni unite sul contenuto dell'atto di appello*, in *Foro it.* anno 2018, parte I, col. 988.

[2] Cfr. Cass. sez. III, 21 maggio 2008, n. 13080; Cass. sez. I, 19 settembre 2006, n. 20261; Cass. sez. III, 24 novembre 2005, n. 24817; Cass. sez. II, 25 luglio 2005, n. 15558; Cass. sez. II, 8 agosto 2002, n. 11935; Cass. sez. II, 7 maggio 2002, n. 6542; Cass. sez. lav., 4 dicembre 2001, n. 15318; Cass. civ. sez. I, 23 marzo 2001, n. 4190; Cass. civ. sez. II, 27 luglio 2000, n. 9867. Qui si innesta la questione dell'onere probatorio dell'appellante, cfr. Mandrioli - Carratta, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Torino, 2015, pag. 499 nota 20.

Tale nuovo assetto trova il più autorevole riconoscimento nella nota pronuncia a Sezioni Unite del 2005^[3] ove si specifica che «l'appello, non è più, nella configurazione datagli dal codice vigente, il mezzo per passare da uno all'altro esame della causa, ma una revisio fondata sulla denuncia di specifici "vizi" di ingiustizia o nullità della sentenza impugnata.»

L'appello non rappresentando più come, invece, avveniva nel sistema del codice di rito del 1865 «il mezzo per passare da uno all'altro esame della causa» non può, quindi, limitarsi ad una denuncia generica dell'ingiustizia dei capi appellati della sentenza di primo grado «ma deve puntualizzarsi all'interno dei capi di sentenza destinati ad essere confermati o riformati ma, comunque, sostituiti dalla sentenza di appello». Infatti, avendo il giudizio di appello natura di *revisio prioris instantiae* e non di *iudicium novum*, non è sufficiente che la sentenza di primo grado sia impugnata nella sua interezza ma è necessario, invece, l'impugnazione specifica dei singoli capi censurati e l'esposizione analitica delle ragioni sulle quali si fonda il gravame.

Il divieto di *ius novorum*

Proprio perché l'appello consiste in un riesame della stessa controversia oggetto del giudizio di primo grado, nei limiti dei motivi specifici proposti dall'appellante, le parti, in questa fase del processo, non possono proporre domande nuove. L'appello, infatti, non consente l'esame dello *ius novorum*. La *ratio* del divieto in parola si ricollega al principio del doppio grado di giurisdizione dal quale si trae la regola dell'im-

possibilità per le parti di ampliare o modificare il tema del contendere discusso in *prime cure*, dovendo il medesimo costituire oggetto del giudizio d'appello solo quando ha già formato, a sua volta, materia del giudizio di primo grado^[4]. L'art. 345, primo comma, c.p.c. per il rito ordinario, così come novellato dalla legge 353 del 1990 – e l'art. 437, primo comma, c.p.c. per il rito del lavoro – dispongono, infatti, che nel giudizio di appello non sono ammesse domande nuove. La proposizione di una domanda nuova in appello, ad eccezione di quelle espressamente consentite, porta alla declaratoria di inammissibilità d'ufficio del giudice,^[5] rimanendo, quindi, impregiudicata la possibilità di proporla in un successivo giudizio.

Per stabilire quando ci si trova di fronte ad una domanda nuova si deve far ricorso ai principi di identificazione dell'azione^[6].

Alla luce della rivoluzionaria sentenza a Sezioni Unite n. 12310 del 2015^[7], che ha mutato i confini dell'*emendatio libelli*, si verificherà l'ipotesi di *mutatio libelli* (e quindi, si avrà, di conseguenza, una domanda nuova) col mutamento anche di uno solo degli elementi soggettivi od oggettivi dell'azione (*personae, petitum e causa petendi*); infatti, in tal modo si introduce nel processo un nuovo tema di indagine che altera l'oggetto sostanziale e quindi i termini della controversia. Si avrà, invece, semplice *emendatio*, ed in quanto tale ammissibile, col mutamento della sola qualificazione giuridica del fatto o nel caso in cui, pur alterandosi gli

[3] Cass. SS.UU. civ. 23 dicembre 2005, n. 28498.

[4] V. Cass. civ. 18 novembre 2000, n. 14930; Cass. civ. 14 luglio 1988, n. 4607.

[5] Il testo dell'art 345 ante riforma prevedeva che le domande nuove dovessero essere rigettate d'ufficio. La previsione dell'inammissibilità ha il vantaggio di aver eliminato l'imprecisione della formulazione precedente, infatti si notava come non si trattasse di rigetto, visto che la domanda non era esaminata nel merito, ma di una declaratoria di incompetenza per inosservanza del principio del doppio grado di giurisdizione.

Cfr. a tal proposito Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. II, Roma, 1956, pag. 158; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. II, Napoli, 1956, pag. 452. A favore dell'originaria formulazione invece SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano, 1962, pag. 134 secondo il quale il legislatore del 1990 nel prevedere il rigetto aveva avuto presente l'ipotesi non della domanda radicalmente nuova rispetto a quella formulata in primo grado, ma la domanda che, seppur oggettivamente diversa, era pur sempre finalizzata ad ottenere lo stesso bene. L'eventuale vizio del giudice nel non dichiarare l'inammissibilità, stante il carattere pubblicistico di tale divieto, non è sanabile per effetto dell'accettazione del contraddittorio ad opera della controparte. V. in tal senso Vullo, *Le sezioni unite si pronunciano in tema di inammissibilità della domanda nuova, rilevanza d'ufficio del vizio e accettazione del contraddittorio*, in *Giur. it.*, 1996, II, 1, pag. 1449; Montesano-Arieta, *Il nuovo processo civile: legge 353/1990*, Napoli, 1991, pag. 48. In giurisprudenza in tal senso si veda: Cass. civ. 27 febbraio 1998, n. 2157, in (www.dejure.com), secondo cui il divieto di *ius novorum* in appello è un divieto di ordine pubblico, come tale rilevabile d'ufficio in sede di legittimità ed è irrilevante l'eventuale accettazione del contraddittorio sul merito. Si vedano inoltre: Cass. civ. 26 agosto 1997, n. 7996 (in www.dejure.com); Cass. civ. 23 febbraio 1983, n. 1358 (in www.dejure.com).

[6] Che cosa debba intendersi per domanda nuova infatti è un'indagine che va fatta, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, sulla base dei principi che regolano l'identificazione dell'azione, cfr. in tal senso Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Torino, 2015, pag. 504; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. II, Napoli, 1956, pag. 452; Comoglio - Ferri - Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1988, pag. 816; C. Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Comm. c.p.c., Allorio II*, Torino, 1980, pag. 77.

[7] Per un'analisi della sentenza Cass. SS.UU. civ. 15 giugno 2015, n. 12310 v. in dottrina MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.* anno 2015, parte I, col. 3190 e M. Cea, *Tra «mutatio» ed «emendatio libelli»: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*, in *Foro it.* anno 2016, parte I, col. 255.

elementi oggettivi, la domanda riguarda la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o, comunque, si riconnetta ad essa in tutti i casi di connessione previsti dal codice di rito.

La giurisprudenza, infatti, ha affermato più volte che si ha domanda nuova in appello quando si introduce un diverso *petitum*[8] o una diversa *causa petendi*[9] (rispetto a quelli che hanno costituito oggetto del giudizio di primo grado) ma non quando viene richiesta solo una diversa qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio purché essa non comporti l'allegazione di fatti nuovi[10].

Domande nuove sono, pertanto, quelle che si differenziano dalle domande proposte in primo grado perché cambia uno degli elementi di identificazione o, quelle che, pur essendo relative allo stesso diritto soggettivo della domanda di primo grado, sono rivolte ad ottenere un provvedimento di diverso contenuto. Il raffronto deve essere compiuto tra la domanda così come formulata in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado e quella proposta nell'atto introduttivo del secondo grado[11].

Al secondo comma dell'art. 345 c.p.c. il divieto dello *ius novorum* è esteso alle nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio. L'esplicito riferimento normativo alle eccezioni non rilevabili d'ufficio vale a precisare che l'oggetto

della preclusione in esame vale solo le c.d. eccezioni in senso proprio o in senso stretto, ossia quelle che il giudice non può esaminare a istanza di parte[12].

L'inammissibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti in appello

L'ultimo comma dell'art. 345 c.p.c., così come modificato dalla L. 69/2009 e dalla L. 134/2012 sancisce, sulla falsariga dell'art. 437 c.p.c., ampliando le maglie del divieto di *ius novorum*, il principio dell'inammissibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti in appello.

Siffatto principio può essere derogato soltanto in due ipotesi: quando la parte dimostri di non aver potuto richiederli in giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile e quando venga deferito il giuramento decisorio (che è sempre ammissibile anche in appello)[13].

Per quanto riguarda il concetto di prova nuova si intende tale quella che, a prescindere dal mezzo con cui la parte ne faccia istanza per la prima volta in appello, miri alla dimostrazione di un fatto che non è stato allegato in primo grado oppure che, pur essendo stato allegato, la parte mirava a dimostrare con altro mezzo di prova rispetto a quello proposto in secondo grado[14].

[8] Riguardo al *petitum*, si configura un mutamento di domanda non consentito, a norma dell'art. 345 cod. proc. civ., solo quando venga innovato l'oggetto della pretesa inteso non come *petitum immediato* (vale a dire come provvedimento richiesto) bensì come *petitum mediato* (ossia come richiesta di attribuzione di un determinato bene). Si veda, ad esempio, Cass. civ., 20 aprile 1995, n. 4465.

[9] In particolare, il mutamento della *causa petendi*, comporta la proposizione di una domanda nuova perché implica il mutamento dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio. Così Cass. civ. Sez. III, 17 luglio 2003, n. 11202. Per citare alcuni esempi: proposta in primo grado domanda di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale, non si può domandare in appello il risarcimento anche a titolo di responsabilità contrattuale (Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2016, n. 18299; Cass. civ. Sez. I, 14 febbraio 2001, n. 2080; proposta in primo grado domanda di restituzione di un bene, non si può domandare in appello il risarcimento in forma specifica (Cass. civ. Sez. I, 21 giugno 2000, n. 8424; proposta in primo grado domanda di risarcimento ex art. 2043 c.c., la medesima domanda in appello non potrà essere fondata sull'art. 2051 c.c. (Cass. civ. Sez. III, 6 luglio 2004, n. 12329); proposta in primo grado domanda di risoluzione del contratto, non si può proporre in appello domanda di rescissione dello stesso (Cass. civ. Sez. II, 25 agosto 1993, n. 8995).

Per un'analisi della casistica di novità della causa petendi v. anche Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Torino, 2015, pag. 504 ss.

[10] Cfr. Cass., sez. II, 16 marzo 2017, n. 6854; Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2016, n. 4384; Cass. civ. Sez. III, 6 marzo 2006, n. 4804 in cui la corte afferma che “a norma dell'art. 345 cod. proc. civ. non è configurabile come domanda nuova in appello quella con cui non vengano mutati il bene della vita richiesto, ossia il «petitum», né i fatti posti a base della domanda, ossia la “causa petendi”, ma solo la qualificazione giuridica di questi ultimi”, v. anche Cass. civ. Sez. I, 4 giugno 2003, n. 8912; Cass. civ., 17 gennaio 2000, n. 456; Cass. civ. 28 aprile 1999, n. 4241; Cass. civ. 27 luglio 1990, n. 7565.

[11] Cfr. in dottrina a tal proposito Comoglio – Ferri – Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1988, pag. 817; Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, pag. 154; Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Torino, 2015, pag. 504 ss.

[12] Cfr. Cass. civ. sez. III, 30 gennaio 2012, n. 1303; Cass. civ. sez. III, 19 maggio 2011, n. 11015 e Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2007, n. 11774.

In dottrina C. Cavallini, *L'eccezione “nuova” rilevabile d'ufficio nel giudizio d'appello riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 588.

[13] Sull'argomento v. Ruffini, *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova, 1997; Cavallone, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1038; BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 303; Colesanti, *Impugnazioni in generale e appello nella riforma processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1049; Tedoldi, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova 2000; Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Torino, 2015, pag. 508 ss; Balena, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, I, 378.

[14] In giurisprudenza, sono stati ritenuti inammissibili i mezzi di prova: diretti a contraddire o neutralizzare o integrare la prova sperimentata in primo grado e

L'art. 345 comma 3 c.p.c., prima della riforma del 2009, non operava alcun riferimento ai documenti e, pertanto, si riteneva che ad essi non fosse estendibile il divieto dello *ius novorum* come d'altronde affermato anche dalla giurisprudenza, con orientamento consolidato, anche in relazione all'art. 437 c.p.c. Secondo la Corte, infatti, la produzione di documenti in appello non incontrava alcun limite in quanto inidonea a nuocere alla celerità del giudizio e, soprattutto, ritenendosi che il divieto di *ius novorum* si riferisse alle prove costituenti e non a quelle precostituite quali, appunto, i documenti^[15]. Sul punto sono intervenute, nel 2005, le Sezioni Unite^[16] le quali, superando tale orientamento, hanno sostenuto che nel rito ordinario l'inammissibilità dei nuovi mezzi di prova si cui all'art. 345 comma 3 c.p.c. si estende anche alle produzioni documentali e che tale limite può essere superato solo qualora le parti provino di non averle potute produrre prima per causa ad esse non imputabile ovvero qualora il giudice le ritenga indispensabili ai fini della decisione (tale previsione è stata espunta, successivamente, dalla L. 134/2012).

Il legislatore, con la novella del 2009, recependo l'orientamento delle Sezioni Unite e, così, dirimendo ogni dubbio, ha modificato l'art. 345 c.p.c. introducendo al terzo comma l'espressa previsione del divieto di produzione in appello di nuovi documenti.

La prova indispensabile

Prima della modifica introdotta dalla L. 134/2012, l'art. 345 comma 3 c.p.c. prevedeva, quale ulteriore ipotesi di deroga al divieto di *nova* in appello, quella in cui il giudice del grava-

me ritenesse i nuovi mezzi di prova o i nuovi documenti indispensabili ai fini della decisione della causa.

Originariamente, infatti, la deroga riguardava, senza distinzioni di sorta, la categoria dei mezzi di prova ritenuti indispensabili dal collegio ai fini della decisione della causa.

La soppressione di tale ipotesi – che nell'ottica del legislatore avrebbe dovuto accelerare il giudizio d'appello – potrebbe di fatto pregiudicare le esigenze di tutela effettiva dell'appellante, nel caso, ad esempio, di fatti e prove sopravvenute, di tardivo rilievo di una questione rilevabile d'ufficio che renda rilevanti nuovi fatti da provare, ovvero di nullità di atti di istruzione probatoria che imponga una rinnovazione del mezzo di prova. La riforma del 2012 – che con l'eliminazione del riferimento all'indispensabilità al comma 3 dell'art. 345 c.p.c. ha ribadito l'accentuazione del carattere di *revisio* dell'appello – ha lasciato, tuttavia, inalterata tale previsione nel rito del lavoro di cui all'art. 437 c.p.c. e nel procedimento sommario di cognizione ex art. 702 *quater* c.p.c.

La giurisprudenza e la dottrina sul concetto di indispensabilità della prova

La nuova formulazione dell'art. 345 c.p.c., quindi, non esclude l'interesse ad analizzare l'interpretazione della nozione di indispensabilità della prova che, come si è detto, è ancora mantenuta in materia di lavoro dall'art. 437 c.p.c. e nel testo dell'art. 702 *quater* c.p.c. per il rito sommario.

Tale nozione, rilevante ai fini dell'ammissibilità dei nuovi mezzi di prova e dei nuovi documenti, è stata ricostruita in termini dissonanti all'interno della giurisprudenza e della dottrina.

Più in particolare, in accordo con l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità^[17] l'art. 345 comma 3

ciò a dimostrare circostanze che, in tale grado, avrebbero potuto costituire oggetto di prova contraria (Cass., 30 dicembre 2009, n. 28103; Cass., 7 maggio 2009, n. 10502; Cass., 7 aprile 2009, n. 8377); già indicati e successivamente rinunciati in primo grado (Cass., 19 agosto 2002, n. 12241; Cass., 3 febbraio 1994, n. 1103), anche implicitamente come avviene quando, già dichiarato il mezzo inammissibile, irrilevante o superfluo, l'istante non ribadisca la relativa domanda istruttoria in sede di precisazione delle conclusioni (Cass., 20 febbraio 2013, n. 4270; Cass., 30 marzo 1995, n. 3773); in riferimento ai quali la parte sia stata dichiarata decaduta (ad esempio per non aver provveduto alla tempestiva citazione del testimone: Cass., 9 giugno 2011, n. 12700); la cui istanza sia stata disattesa dal giudice di primo grado, senza che, contestualmente alla riproposizione in appello, sia censurata con motivo di gravame ad hoc anche la parte di sentenza con cui l'istanza è stata respinta (espressamente o implicitamente) dal primo giudice (Cass., 31 maggio 2011, n. 12036; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1691). Sono, invece, considerate prove ammissibili in quanto non nuove i documenti allegati al ricorso per decreto ingiuntivo e rimasti a disposizione della controparte ai sensi dell'art. 638, comma 3 c.p.c., seppur non prodotti nuovamente nella fase di opposizione (Cass., S.U., 10 luglio 2015, n. 14475; v. anche Cass., S.U., 8 febbraio 2013, n. 3033; la prova testimoniale dichiarata inammissibile per genericità dal primo giudice e riproposta in appello mediante deduzione di capitoli sufficientemente dettagliati (Cass., 7 febbraio 2001, n. 1719; la prova disponibile d'ufficio, il cui espletamento può essere sollecitato anche per la prima volta in appello (come nel caso in cui si manifesti l'opportunità di sentire un testimone c.d. di riferimento: Cass., 14 gennaio 2000, n. 346).

[15] Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 agosto 2004, n. 16995.

[16] Cass. SS.UU. civ. 20 aprile 2005, n. 8202 e 8203 in Foro italiano con note di DALFINO, *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*; BARONE, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*; Proto Pisani, *Nuove prove in appello e funzione del processo*; M. Cea, *Principio di preclusione e nuove prove in appello*.

[17] Cass. civ. sez. I, 31 agosto 2015, n. 17341, Cass. civ. sez. III, 19 aprile 2006, n. 9120; Cass. SS.UU. civ. 20 aprile 2005, n. 8202 e n. 8203 per i cui commenti vedi la nota precedente.

c.p.c. esclude l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova, compresi i documenti, salvo che, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, siano ritenuti indispensabili perché dotati di "un'influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove rilevanti sulla decisione finale della controversia".

Secondo il prevalente orientamento, infatti, la locuzione "indispensabili ai fini della decisione della causa" viene intesa come riferita a prove assolutamente necessarie, essenziali, di cui non si può fare a meno, tali cioè da determinare la decisione del giudice in un senso anziché in un altro. In altre parole si deve trattare di prove decisive ossia "tali da dissipare ogni incertezza sulla ricostruzione fattuale della vicenda sottoposta all'esame del giudice".

Una recentissima sentenza del 2017^[18], iscrivendosi in tale indirizzo interpretativo, pone in rilievo che la regola di cui all'art. 345 comma terzo c.p.c., prima della modifica apportata dalla L. n. 134 del 2012, aveva il significato di consentire l'ingresso in appello di un nuovo mezzo di prova nelle ipotesi in cui "le preclusioni istruttorie avessero creato un'inaccettabile separazione tra realtà materiale documentabile in appello e verità processuale emersa tempestivamente". Pertanto, nell'ottica del primo e prevalente orientamento giurisprudenziale, "prova nuova indispensabile di cui al previgente testo dell'art. 345 comma 3 c.p.c. è quella di per sé tale da eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto non dimostrato o sufficientemente dimostrato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado".

Nella giurisprudenza della Suprema Corte, tuttavia, si è affermato, a partire dal 2011,^[19] un contrapposto orientamento volto ad intendere in senso più rigoroso il concetto di indispensabilità dei nuovi mezzi istruttori in appello, allo scopo – funzionale alla ragionevole durata del processo – di non vanificare, attraverso l'ingresso di nuove prove nel giudizio di gravame, la disciplina delle preclusioni del processo di primo grado piuttosto che ricercare la verità materiale all'interno dello stesso.

In particolare, secondo tale posizione nota come tesi della

c.d. indispensabilità ristretta, nel giudizio di appello l'indispensabilità delle nuove prove deve apprezzarsi necessariamente in relazione alla decisione di primo grado e al modo in cui essa si è formata.

Ne consegue che se la formazione della decisione è avvenuta in una situazione nella quale lo sviluppo del contraddittorio e delle deduzioni istruttorie avrebbero consentito alla parte di avvalersi del mezzo di prova – perché funzionale alle sue ragioni – e la decisione si è formata prescindendo allora deve escludersi che la prova sia indispensabile essendo imputabile alla negligenza della parte il non aver introdotto tale prova.

Si tratta di una opzione interpretativa che sacrifica la ricerca della verità materiale per non indebolire la disciplina delle preclusioni istruttorie previste per il primo grado, la terzietà del giudice rispetto al potere dispositivo delle parti, la regola di giudizio dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. e la ragionevole durata del processo (che potrebbe essere pregiudicata per l'ingresso di nuove prove nel giudizio di gravame). Pertanto, secondo tale indirizzo giurisprudenziale, prove indispensabili sarebbero le nuove prove la cui necessità emerga dalla stessa sentenza impugnata (ossia prove delle quali non era apprezzabile neppure una mera utilità nel giudizio di primo grado) e quelle riferite all'apporto probatorio resosi necessario a fronte di una decisione di primo grado della c.d. terza via o, più in generale, fondata su presupposti di fatto diversi da quelli già oggetto del *thema probandum*.

La nozione di prova indispensabile è stata intesa in termini non univoci anche all'interno della dottrina che, sin dall'iniziale introduzione della stessa da parte dell'art. 437, comma 2, c.p.c., si è occupata di tale ricostruzione ermeneutica. Una prima tesi, raccordando l'indispensabilità del mezzo di prova alla decisione da assumere all'esito del giudizio di gravame, ritiene che la stessa vada riconosciuta ove mediante l'ammissione del nuovo strumento istruttorio si possa pervenire alla riforma della pronuncia impugnata^[20].

Questa posizione, tuttavia, è stata oggetto di critica soprattutto da parte di chi, facendo leva sul fondamentale principio di parità delle armi tra le parti, rileva che analoga attitudine dovrebbe essere riconosciuta anche alle nuove prove che consentano di ottenere in appello la conferma della decisio-

In termini sostanzialmente non dissimili si pongono, poi, quelle decisioni, che, come Cass. civ. sez. I, 23 luglio 2014, n. 16745, evidenziano l'esigenza che il giudice del gravame motivi espressamente sulla ritenuta attitudine, positiva o negativa, della nuova prova a dissipare lo stato di incertezza sui fatti controversi.

[18] Cass. civ. sez. II, 10 gennaio 2017, n. 364.

[19] Per questo orientamento giurisprudenziale Cfr. Cass. civ. sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 3654; Cass. civ. sez. III 31 marzo 2011, n. 7441; Cass. civ. sez. III, 5 dicembre 2011, n. 26020; Cass. civ. sez. VI, 15 marzo 2016, n. 5013.

[20] Denti – Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano 1974, p. 196.

ne onde contrastare le opposte richieste dell'appellante[21]. Altri autori, [22] invece, ritenendo che l'indispensabilità sia un requisito più intenso rispetto alla rilevanza, sostengono che potranno essere ammesse in appello esclusivamente quelle prove che da sole possano giustificare una pronuncia sia essa di conferma ovvero di riforma di quella di primo grado.

Assolutamente peculiare è la tesi affermata, in una prospettiva volta ad attribuire al giudice significativi poteri nell'accertamento della verità materiale, da autorevole dottrina[23] per la quale in appello deve ritenersi indispensabile la prova che consenta di superare una pronuncia assunta in primo grado in base alla regola di giudizio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. In accordo con questa posizione, un nuovo mezzo di prova deve ritenersi indispensabile quando è necessario ad ovviare alla carenza della prova, non fornita, conformemente alla regola di cui all'art. 2697 c.c., dalla parte alla quale spettava il relativo onere.

Una parte della dottrina, infine, proprio alla luce dei plurimi orientamenti affermati sul concetto di indispensabilità dei nuovi mezzi istruttori è giunta a ritenere impossibile attribuire, almeno sul piano giuridico, un significato differente da quello proprio di rilevanza, evidenziando che sul piano logico una prova o è rilevante o è irrilevante, *tertium non datur*. In sostanza, secondo tale impostazione inserendo il riferimento all'indispensabilità del nuovo mezzo di prova ammissibile in appello il legislatore avrebbe semplicemente esortato il giudice del gravame ad essere per così dire "parco" nell'ammissione di nuovi strumenti istruttori. In concreto, ciò si tradurrebbe "nell'esigenza per lo stesso di effettuare una valutazione di rilevanza non in termini di giudizio di delibazione sulla semplice plausibilità della prova richiesta ad incidere sulla decisione bensì di più stringente preponderante probabilità" [24].

L'indispensabilità della prova secondo le Sezioni Unite: la sentenza n. 10790 del 2017

Data l'estrema diversità e il contrasto degli approdi interpretativi – sia in dottrina che in giurisprudenza – e data la la-

conicità dell'espressione "indispensabilità della prova" utilizzata dal legislatore, le Sezioni Unite, nel tentativo di dirimere tali contrasti, sono state investite della questione nel 2016[25] ricostruendo il concetto di prova nuova indispensabile ammissibile in appello.

Il Collegio rimettente sottolineava, in particolare, l'importanza della questione prospettata che, nonostante la richiamata modifica dell'art. 345, comma 3, c.p.c. ad opera della L. 7 agosto 2012, n. 134, continuerà ad assumere rilevanza anche in futuro sia nell'appello nel processo del lavoro, essendo rimasto immutato il testo dell'art. 437, comma 2, c.p.c., sia nel procedimento sommario di cognizione nel quale l'odierno art. 702 *quater* c.p.c. subordina l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova in appello proprio all'indispensabilità degli stessi.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 10790 del 2017 – condividendo i rilievi del prevalente orientamento giurisprudenziale – hanno enunciato il principio secondo il quale "nel giudizio di appello, costituisce prova nuova indispensabile, ai sensi dell'art. 345, comma 3, c.p.c., nel testo previgente rispetto alla novella di cui al d.l. 22 giugno 2012, n. 83 – convertito, con modifiche dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 – quella di per sé idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado" [26].

L'opzione ricostruttiva, conforme all'orientamento tradizionale della giurisprudenza, viene argomentata dalle SS.UU. confutando, in primo luogo, la contrapposta tesi della c.d. indispensabilità ristretta.

Tale tesi, infatti, ritenendo indispensabili solo le nuove prove la cui necessità emerga dalla stessa sentenza impugnata, di fatto, le faceva refluire nella seconda ipotesi di *novaconsen-*

[21] Tedoldi, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova 2000, p. 190.

[22] Montesano – Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli 1996, p. 269.

[23] Proto Pisani, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Novissimo digesto italiano*, Appendice, Torino, 1983, IV, 673. Questa impostazione è stata tuttavia criticata dalla dottrina dominante in quanto si pone in contrasto con la fondamentale regola espressa dall'art. 2697 c.c. e nella misura in cui «premia» la parte che è rimasta inerte rispetto alla prova del fatto nel giudizio di primo grado.

[24] Cavallone, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 10.

[25] Le SS.UU. sono state investite della questione con ordinanza interlocutoria della terza sezione civile n. 22602 del 7 novembre 2016.

[26] Dopo l'intervento delle SS.UU. sono state molte le sentenze in cui, conformemente alla nozione di indispensabilità delineata dalla sentenza del 2017, sono state ammesse in appello nuove prove indispensabili. Cfr. Cass. civ., 15 ottobre 2018, n. 25695; Cass. civ., sez. II, 25 gennaio 2018, n. 1888; Cass. civ. 15 maggio 2018, n. 11752; Cass. civ. 27 giugno 2018, n. 16900; Cass. civ. 06 giugno 2018, n. 14531; Cass. civ. 19 aprile 2018, n. 9793; Cass. civ., 1 marzo 2018, n. 4867; Cass. civ., 08 febbraio 2018, n. 3129; Cass. civ. 05 febbraio 2018, n. 2758; Cass. civ., 18 gennaio 2018, n. 1117.

titi in appello, vale a dire in quella delle nuove prove che la parte dimostri di non aver potuto chiedere in primo grado per causa ad essa non imputabile, finendo così “con il sortire un (non consentito) effetto abrogativo del cit. [comma 3 dell'art. 345](#) *previgente, là dove parla di prove indispensabili*».

Se, infatti, sono indispensabili le prove la cui necessità emerge dalla stessa sentenza impugnata e per le quali non era apprezzabile neppure una mera utilità durante il giudizio di primo grado va da sé che rispetto ad esse la parte si è trovata, per causa che non le è imputabile, nell'impossibilità di proporle.

In secondo luogo la Corte sostiene che questa interpretazione restrittiva si pone, altresì, in contrasto con l'[art. 24 Cost.](#) Infatti rimettere ad una mera valutazione del giudice d'appello il diritto della parte di dimostrare il fatto emerso come rilevante (solo grazie alla motivazione della sentenza di primo grado) colliderebbe con l'[art. 24 Cost.](#) giacché spetterebbe al giudice non solo la valutazione di ammissibilità e rilevanza della prova ma la stessa opportunità di consentire alla parte interessata di esercitare il proprio diritto di difesa.

Le Sezioni Unite, quindi, optano per l'opzione interpretativa tradizionale ricostruendo in maniera più ampia il concetto di indispensabilità delle nuove prove e ponendo a fondamento della scelta interpretativa l'esigenza di un necessario contemperamento tra principio di preclusione e il principio di ricerca della verità materiale.

Detto contemperamento è funzionale al diritto di azione di cui all'[art. 24 Cost.](#) e al principio di ragionevole durata del processo e, essendo già da lungo tempo affermato dalla giurisprudenza, non pregiudica in alcun modo la terzietà del giudice (come è reso palese anche dall'esperienza storica e dai sempre più numerosi casi di positivizzazione dei poteri inquisitori del giudice civile che spaziano, ad esempio, dall'[art. 421 comma 2 c.p.c.](#) agli artt. [738 comma 3 c.p.c.](#) e [669 sexies comma 2 c.p.c.](#))

Il regime delle preclusioni istruttorie, infatti, non è un carattere “tanto coesenziale al sistema da non ammettere alternative essendo soltanto una tecnica elaborata per assicurare il rispetto del contraddittorio, parità delle parti nel processo e sua ragionevole durata, tecnica che ben può essere contemperata (secondo modalità pur sempre rimesse alla discrezionalità del legislatore) con il principio della ricerca della verità materiale”.

Pertanto, così come il principio della ragionevole durata del processo è valore servente al diritto d'azione di cui all'[art. 24 Cost.](#), così lo è quello del contemperamento fra preclusioni istruttorie e ricerca della verità materiale.

Si tratta di valori che, lungi dall'essere fra loro in competizione, hanno di vista il medesimo obiettivo: “dare concreta attuazione alla tutela giudiziaria delle posizioni giuridiche attive”.

Si può affermare, in conclusione, che a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite è lasciato grande spazio alla discrezionalità del giudice, il quale – nei residui procedimenti nei quali rileva il testo dell'[art. 345, comma 3](#) anteriore alla riforma del 2012, e negli appelli di lavoro ed ex [art. 702 quater c.p.c.](#) – potrà ammettere tutte le prove che egli riterrà indispensabili, senza temere di andare incontro ad un annullamento della sentenza in cassazione se congruamente motivata. E ciò tanto più se si tiene in considerazione che con la nuova formulazione dell'[art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.](#), il cui tenore letterale riduce fortemente la censurabilità della sentenza d'appello per ragioni inerenti alla motivazione, la parte, la quale intenda criticare l'apprezzamento dell'indispensabilità della prova, è onerata a sostenere che la valutazione da parte del giudice d'appello abbia integrato una violazione ovvero falsa applicazione dell'[art. 345, comma 3 c.p.c.](#) e, dunque, a incanalare la relativa censura nel motivo n. 3 dell'[art. 360 c.p.c.](#)

SOSPENSIONE DEL PROCESSO

Spunti di riflessione in tema di sospensione del processo civile per pregiudizialità penale

di Mattia Polizzi

del 6 febbraio 2019

Sommario

Osservazioni introduttive. Brevi cenni all'istituto della sospensione del processo civile
La sospensione necessaria del giudizio civile per pregiudizialità penale
Le residuali ipotesi di pregiudizialità penale

Osservazioni introduttive. Brevi cenni all'istituto della sospensione del processo civile

Il tema della pregiudizialità penale esige una pur sintetica premessa sull'istituto della sospensione del processo civile. Ciò al fine di comprendere appieno la portata del mutamento legislativo che ha interessato questa materia, tenendo conto che tale modifica è stata spesso collegata alle pressanti esigenze di celerità imposte (anche) dal dettato costituzionale nel noto [secondo comma dell'art. 111 Cost.](#), così come modificato dalla [l. cost. 23 novembre 1999, n. 2](#).

L'istituto della sospensione del processo civile è disciplinato dagli artt. [295 ss. c.p.c.](#), all'interno della sezione I del capo VII, titolo I, libro II del codice di rito. Il capo in parola raggruppa gli istituti della sospensione, dell'interruzione e dell'estinzione del giudizio civile: la dottrina si riferisce a tali evenienze ascrivendole alla categoria delle vicende anomale (o anormali) del processo. Nello specifico, la sospensione è stata autorevolmente definita come quella fattispecie che consiste “*in un arresto dell'iterprocessuale a causa di un*

determinato evento e fino alla cessazione di quell'evento”^[1]. Per ciò che attiene alla disciplina positiva, l'[art. 295 c.p.c.](#) afferma che “*il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*”: il processo entra dunque in una fase di quiescenza fino al momento in cui si verifichi un evento che ne consenta la riassunzione. La giurisprudenza riconduce la *ratio* della norma nell'esigenza di evitare eventuali contrasti tra giudicati^[2]. Dal canto proprio, invece, la dottrina ritiene prevalentemente che il fondamento della sospensione debba essere ravvisato nella diversa necessità “*di consentire alle parti di far valere quegli effetti che la sentenza produce prima del – e indipendentemente dal – suo passaggio in giudicato*”^[3]. Preliminarmente parre opportuno ricordare che, nonostante l'[art. 295 c.p.c.](#) disponga che il giudice ordini la sospensione del giudizio «*in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia [...]*» si è affermato in giurisprudenza un orientamento che nega la configurabilità nel

[1] Così Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 357 ss.; pur senza pretesa di fornire una bibliografia del tutto esaustiva sul tema si v. altresì Bina M., *Artt. 295 ss.*, in Comoglio L.P., Consolo C., Sassani B., Vaccarella R. (dir. da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, II, UTET, Torino, 2012, 487 ss.; Giussani A., *Artt. 295 ss.*, in Carpi F., Taruffo M. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, CEDAM, Padova, 2015, 11181 ss.; Id., voce *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVIII, UTET, Torino, 1998, 603 ss.; Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, II, Giuffrè, Milano, 2013, 233 ss.; Menchini S., voce *Sospensione del processo civile s) Processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, 1 ss.; Tarzia G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2009, 248 ss.

[2] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, [4 febbraio 2000, n. 1230](#) in *Leggi d'Italia*, la quale sottolinea che, tale essendo la *ratio* dell'istituto, la sospensione (necessaria) del giudizio può operare solo nel caso in cui tra due liti sussista un rapporto di pregiudizialità giuridica vera e propria e non anche qualora sia rinvenibile un rapporto di pregiudizialità logica poiché in tale ultimo caso non si avrebbe un reale problema di conflitto tra giudicati, ma solo un problema inerente gli effetti pratici dell'una o dell'altra pronuncia.

[3] Così Giussani A., *Art. 295 cit.*, 1182

nostro ordinamento di ipotesi di sospensione c.d. facoltativa *ope iudicis*, ossia rimessa alla discrezionalità del giudicante e prive di un riferimento nel dato positivo: come di recente affermato dalla Cassazione un istituto siffatto “*si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi del nuovo art. 111 Cost.*”[4].

Le ipotesi di sospensione del giudizio civile vengono generalmente distinte in tre gruppi: la sospensione su istanza delle parti, la sospensione c.d. impropria e la sospensione c.d. propria (o necessaria).

La prima evenienza occorre quando, ai sensi dell’[art. 296 c.p.c.](#), entrambe le parti chiedono al giudice di sospendere il processo. L’originario termine massimo di sospensione di quattro mesi è stato abbassato a tre ad opera della [l. 18 giugno 2009, n. 69](#). La medesima fonte normativa ha specificato che la sospensione può essere richiesta una sola volta nel corso del giudizio[5], a condizione che esistano “*giustificati motivi*”. La ripresa del giudizio avverrà a norma dell’[art. 297 c.p.c.](#)

Si ha sospensione c.d. impropria in tutti quei casi in cui nel corso di un processo se ne innesti un altro avente per oggetto una questione inerente alla domanda proposta nel primo giudizio: la pendenza di tale secondo processo implica la sospensione di quello incardinato in precedenza. La questione che viene trattata nel secondo processo (che genera la sospensione del primo) non potrebbe essere oggetto di un autonomo giudizio, trattandosi non già della tutela di una situazione sostanziale, bensì di una questione (processuale ovvero di merito) inerente l’unica situazione sostanziale dedotta nel primo giudizio. In altri termini, come autorevolmente osservato in dottrina, nel caso di sospensione c.d. impropria “*lo stesso processo continua in un’altra sede, in relazione ad una questione di fatto o di diritto, che è rilevante per la decisione dell’unico oggetto della controversia, questione di fatto o di diritto che deve essere decisa da un giudice diverso da quello investito della causa di merito. In attesa della decisione dell’altro giudice, si sospende il processo originario*”[6]. Tra le ipotesi tradizionalmente ascritte al novero della so-

sospensione impropria possono essere qui ricordati in via meramente esemplificativa i casi di regolamento di competenza e di giurisdizione; quelli di ricusazione del giudice; le ipotesi di rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Consulta ovvero di legittimità eurolunitaria alla Corte di Giustizia dell’U.E.; ovvero ancora l’apertura del subprocedimento di querela di falso proposta dinanzi al giudice di pace o alla corte d’appello, trattandosi di materia di competenza del tribunale *ex art. 9 c.p.c.*

Il caso di sospensione c.d. propria (o necessaria) trova invece il proprio fondamento nel disposto dell’[art. 295 c.p.c.](#), a norma del quale il giudicante ordina la sospensione del giudizio “*in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*”. Ci si trova in presenza di una controversia dalla definizione della quale dipende la decisione di un’altra vertenza: il giudizio inerente quest’ultima deve essere appunto sospeso in attesa della decisione della prima. A differenza di quanto avviene nell’ipotesi di sospensione impropria (ove l’oggetto del processo è uno solo) nella sospensione propria pendono dinanzi a giudici diversi due controversie aventi due diversi oggetti. Questi ultimi sono tra di loro collegati (*rectius*: connessi) da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza, che si verifica nel momento in cui il giudice del processo da sospendere deve accertare la sussistenza di un diritto differente, che è l’oggetto dell’altro giudizio. Il meccanismo della sospensione consente una cesura del processo avente per oggetto il diritto dipendente in attesa della conclusione di quello incentrato sul diritto pregiudiziale, fermo quanto disposto dall’[art. 34 c.p.c.](#) in tema di competenza inderogabile. Per mera completezza espositiva si ricorda che nel caso in cui non sia pendente un giudizio avente per oggetto la situazione pregiudiziale il giudice investito della causa sul diritto dipendente deciderà, sollecitato dalla (mera) contestazione delle parti circa l’esistenza del diritto pregiudiziale, tramite l’istituto dell’accertamento incidentale anche sulla questione pregiudiziale, senza che il giudice statuisca con efficacia di giudicato: il coordinamento tra le due questioni sarà garantito (non dall’istituto della sospensione, ma) dal *simultaneus processus*.

Di rilievo appare anche il disposto di cui all’[art. 337, comma](#)

[4] Così Cass. Civ., Sez. VI, [27 novembre 2018, n. 30738](#), in *DeJure*, Cass. Civ., Sez. VI, [25 novembre 2010, n. 23906](#), *ibidem*; Cass. Civ., Sez. I, [31 gennaio 2007, n. 2089](#), *ibidem*.

[5] Secondo Mandrioli C., Carratta A., *op. cit.*, 358, la sospensione su istanza concorde delle parti può essere richiesta nel corso del solo giudizio di primo grado; *contra*, nel senso che essa potrebbe essere richiesta in ogni grado di giudizio, si v. Poli G.G., *Sospensione su istanza delle parti e riduzione dei termini processuali*, in *Foro it.*, 2009, IX, 290 ss.

[6] Luiso F.P., *op. cit.*, 235-236.

[2, c.p.c.](#), in forza del quale “quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso, se tale sentenza è impugnata”. La peculiarità di tale forma di sospensione risiede nel fatto che sulla questione pregiudiziale sia (già) intervenuta una sentenza. Qualora tale ultima pronuncia sia passata in giudicato, il giudice della questione pregiudicata dovrà adeguarsi ad essa; tuttavia, nel caso in cui la sentenza sia stata impugnata, il giudice in parola potrà sospendere il processo in attesa della pronuncia sul gravame. Trattasi, secondo autorevole dottrina, di una facoltà, sicché il giudice potrebbe anche non sospendere il giudizio “sia perché potrebbe ritenere non sussistente l'influenza effettiva della sentenza sulla questione sottoposta al suo esame e sia, anche indipendentemente da ciò, perché potrebbe valutare liberamente la probabilità che la sentenza invocata possa essere confermata e la opportunità della sospensione”[7]. Su di tale norma sono di recente intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno affermato che “fuori dei casi in cui sia espressamente disposto che un giudizio debba rimanere sospeso sino a che un altro da cui dipenda sia definito con decisione passata in giudicato, intervenuta nel primo decisione in primo grado, il secondo di cui sia stata in quel grado ordinata la sospensione può essere ripreso dalla parte che vi abbia interesse entro il termine dal passaggio in giudicato della detta decisione stabilito dall'[art. 297 c.p.c.](#) Definito il primo giudizio senza che nel secondo la sospensione sia stata disposta o ripreso il secondo giudizio dopo che il primo sia stato definito, la sospensione del secondo può solo essere pronunciata sulla base dell'[art. 337 c.p.c., comma 2](#), dal giudice che ritenga di non poggarsi sull'autorità della decisione pronunciata nel primo giudizio”[8].

Per quanto riguarda gli aspetti dinamici ed effettuali dell'istituto della sospensione, il [primo comma dell'art. 298 c.p.c.](#) dispone che durante la sospensione non possono essere compiuti atti del procedimento, ad esclusione degli atti urgenti autorizzati dal giudice ex [art. 48, co. 2, del codice di rito](#). Il [secondo comma dell'art. 298 c.p.c.](#) dispone che la sospensione interrompe i termini in corso, i quali decorreranno nuo-

vamente a partire dal giorno della nuova udienza fissata dal giudice con il decreto di sospensione: le parti dovranno infatti riassumere la causa nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza avente ad oggetto la questione pregiudiziale o dalla cessazione della causa di cui all'[art. 75 c.p.p.](#) (sulla quale si veda *infra*) a pena di estinzione del processo (a norma dell'[art. 307, co. 3, c.p.c.](#)). A norma dell'[art. 297 c.p.c.](#), qualora con il provvedimento che ha disposto la sospensione non sia stata fissata l'udienza di prosecuzione del processo, le parti ne debbono richiedere la fissazione entro il termine perentorio di tre mesi dalla conoscenza della cessazione della causa di sospensione[9]; la riassunzione deve avvenire mediante un'istanza proposta con ricorso al giudice istruttore o, in mancanza, al presidente del tribunale.

La sospensione necessaria del giudizio civile per pregiudizialità penale

Ciò premesso è possibile ricordare che la versione originaria dell'[art. 295 c.p.c.](#) disponeva che la sospensione del processo civile operasse “nel caso previsto nell'[articolo 3 del Codice di procedura penale](#)” oltre che in ogni altro caso in cui il giudice civile “o altro giudice deve risolvere una controversia civile o amministrativa, dalla cui definizione dipende la decisione della causa”. Volendo concentrare l'attenzione sulla prima parte della disposizione testé citata, espunta dal dato normativo ad opera dell'[art. 35 della l. 26 novembre 1990, n. 353](#) (in vigore per i giudizi pendenti alla data del 1° gennaio 1993), deve rilevarsi che l'[art. 3 del codice di procedura penale](#) del 1930 prevedeva che “se viene iniziata l'azione penale, e la cognizione del reato influisce sulla decisione della controversia civile, il giudizio civile è sospeso, quando la legge non dispone altrimenti, fino a che sia pronunciata nell'istruzione la sentenza di proscioglimento non più soggetta a impugnazione o nel giudizio la sentenza irrevocabile, ovvero sia divenuto esecutivo il decreto di condanna”. La prima parte dell'[art. 295 c.p.c.](#) nella versione antecedente alla novella operata dalla [l. 353/1990](#) disponeva dunque una causa di sospensione automatica del processo civile in tutte le ipotesi di c.d. pregiudizialità penale[10].

[7] Così Mandrioli C., Carratta A., *op. cit.*, 368-369.

[8] Cass. Civ., Sez. Un., [19 giugno 2012, n. 10027](#), in *Diritto&Giustizia*, 20 giugno 2012, con nota di Floccari V., *Sospensione necessaria e sospensione dell'esecuzione: presupposti e ambiti di applicabilità*.

[9] La norma in questione prevedeva che il termine di tre mesi decorresse dalla cessazione della causa di sospensione: la Corte costituzionale, con sent. [4 marzo 1970, n. 34](#), in *DeJure*, ne ha dichiarato la illegittimità costituzionale nella parte in cui non disponeva che il termine in questione decorresse dalla conoscenza che le parti avessero avuto della cessazione.

[10] Sul tema si v. Capponi B.; *A proposito di nuovo processo penale e sospensione del processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 348 ss.; Civinini M.G., *Sospensione del processo civile per c.d. "pregiudizialità penale": questioni teoriche e riflessi pratici*, in *Foro it.*, 1991, V, 363 ss.; Consolo C., *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 227 ss.; Dominici M., *Il rapporto tra il processo civile e il processo penale*, in *Giur. it.*, 2015,

Tale forma di sospensione necessaria non andò esente da importanti critiche da parte della dottrina che ne evidenziò gli effetti negativi in punto di durata dei processi civili. Il legislatore ha in merito operato un significativo mutamento di prospettiva. In primo luogo il riferimento all'[art. 3 c.p.p.](#) del 1930 è stato espunto dall'[art. 295 c.p.c.](#) (ma non, con quella che da più parti è qualificata come una mera svista, dall'[art. 297 c.p.c.](#)); in secondo luogo il codice di rito penale del 1988 non ha riprodotto al proprio interno una disposizione analoga a quella dell'[art. 3 citato](#). La scelta del legislatore è stata nel senso di rendere del tutto autonomi il giudizio civile e quello penale, facendo così venire meno sia l'applicazione generale della pregiudizialità penale sia il principio dell'unità della giurisdizione; ciò in linea con quelle che sono le scelte di fondo dei sistemi processuali penali di stampo accusatorio[11].

Le residuali ipotesi di pregiudizialità penale

Quanto affermato non deve essere inteso nel senso che non sussistano ipotesi di sospensione necessaria dovute alla pendenza di un processo penale, quanto piuttosto nel senso che il rapporto regola-eccezione risulta oggi ribaltato rispetto al passato. Muove in tal senso il disposto dell'[art. 211 disp. att. c.p.p.](#), il quale dispone che *“salvo quanto disposto dall'articolo 75, co. 2, del codice, quando le disposizioni di legge prevedono la sospensione necessaria del processo civile o amministrativo a causa della pendenza di un processo penale, il processo civile o amministrativo è sospeso fino alla definizione del processo penale, se questo può dare luogo a una sentenza che abbia efficacia di giudicato nell'altro processo e se è già stata esercitata l'azione penale”*. La lettera del-

la norma consente pertanto di osservare che, come suggerito da autorevole dottrina, sussiste un vero e proprio *“principio di tassatività dei casi di sospensione necessaria del processo civile nella materia”* che ci interessa[12]. Nel novero di queste ipotesi tassative è possibile iscrivere quella di cui al [terzo comma dell'art. 75 c.p.p.](#), secondo il quale il processo civile rimane sospeso in attesa della formazione del giudicato penale nel caso in cui l'azione civile per risarcimento dei danni o per restituzioni sia stata proposta dopo l'emanazione della sentenza penale di primo grado ovvero dopo la costituzione di parte civile[13]. Al riguardo merita menzione una pronuncia della Corte costituzionale, con la quale la Consulta afferma che *“l'art. 75 c.p.p. ha definitivamente consacrato il principio di parità delle giurisdizioni, cosicché perfino la possibilità di giudicati contrastanti in relazione al medesimo fatto, ai diversi effetti civili e penali, costituisce evenienza da considerarsi ormai fisiologica”*[14]; il Giudice delle leggi, in altri termini, ritiene che l'esigenza di evitare contrasti tra giudicati non riguardi il rapporto tra processo civile e penale, verosimilmente in base alla considerazione che dai due procedimenti scaturiscono effetti differenti e, se si vuole, autonomi. Al riguardo merita menzione una recente ordinanza interlocutoria della prima Sezione della Cassazione[15], con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite una questione di particolare importanza relativa proprio all'interpretazione ed all'applicazione dell'[art. 75, comma 3, c.p.p.](#), che si impone alla lettura dell'interprete anche per la pregevole opera di ricostruzione dello *“stato dell'arte”* della giurisprudenza di legittimità *in subiecta materia*. Il tema è quello della possibilità di sospendere il processo civile che, iniziato dopo la costituzione di parte civile nel giudizio penale ovve-

X, 2239 ss.; Giussani A., *op. ult. cit.*, 1183; Id., voce *Sospensione* cit., 611 ss.; Graziosi C., *Osservazioni sulla nuova disciplina della pregiudizialità penale al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, II, 407 ss.; Luiso F.P., *op. cit.*, 242 ss.; Mandrioli C., Carratta A., *op. cit.*, 259 ss., *sub nota* 44; Menchini S., *op. cit.*, 44 ss.; Pennisi A., *Art. 75*, in Conso G., Illuminati G. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, CEDAM, Padova, 2015, 256 ss.; Tarzia G., *op. cit.*, 248 ss.; Trisorio Liuzzi G., *Riforma del processo penale e sospensione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, II, 529 ss.; Tonini P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 901 ss.

[11] Cfr. Tonini P., *op. cit.*, 902 ss.

[12] Tarzia G., *op. cit.*, 249, *sub nota* 119.

[13] Per alcune applicazioni giurisprudenziali dell'istituto così come riformato si v. Cass. Civ., Sez. VI, [22 dicembre 2016, n. 26863](#), in *Diritto&Giustizia*, 23 dicembre 2017, con nota di Corrado M., *Nessuna interferenza tra processo civile e penale, a meno che ...*; Cass. Civ., Sez. Lav., [10 marzo 2015, n. 4758](#), in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. VI, [1 ottobre 2013, n. 22463](#), *ibidem*; Cass. Civ., Sez. I, [17 febbraio 2010, n. 3820](#), in *Il fall.*, 2010, V, 552 ss., con nota di Lottini R., *I rapporti tra azione civile ed azione penale*; Cass. Civ., Sez. III, [12 giugno 2006, n. 13544](#), in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. III, [1° luglio 2005, n. 14074](#), *ibidem*; Cass. Civ., Sez. III, [10 agosto 2004, n. 15477](#), *ibidem*; Cass., Sez. I, [13 maggio 1997, n. 4179](#), in *Foro it.*, VI, 1762 ss., con nota di Trisorio Liuzzi G., *Sull'abrogazione della sospensione del processo per “pregiudizialità” penale*.

[14] Corte cost., [11 luglio 2003, n. 233](#), in *Giur. it.*, 2003, X, 1777 ss. con nota di Cendon P., Ziviz P., *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza 233/2003 della Corte costituzionale)*.

[15] Ci si riferisce a Cass. Civ., Sez. VI, ord. [16 ottobre 2018, n. 25918](#), in *Diritto&Giustizia*, 17 ottobre 2018, con nota di Savoia R., *Sospensione del processo civile? Parola alle Sezioni Unite*.

ro dopo che in quest'ultimo sia intervenuta una sentenza di condanna, si connota per essere un giudizio con pluralità di parti, delle quali solo alcune possono rimanere pregiudicate con efficacia vincolante dal sopravvenuto giudicato penale. La Cassazione osserva in primo luogo che il fulcro dell'[art. 75, comma 3, c.p.p.](#) è costituito dal bilanciamento tra due contrapposti interessi: quello del danneggiato ad agire separatamente in sede civile senza patire gli effetti vincolanti di un eventuale giudicato di assoluzione e quello di senso contrario dell'imputato di far valere gli effetti anzidetti. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite consiste nel verificare la sussistenza o meno dei presupposti legali per la sospensione del giudizio civile per il risarcimento del danno, instaurato dopo che sia intervenuta una pronuncia penale in primo grado, nei confronti non soltanto dell'imputato, ma anche di altri soggetti (nel caso di specie, incentrato sulla responsabilità per danni derivanti dalla circolazione di un veicolo, il proprietario del veicolo e la compagnia assicurativa) ritenuti dal danneggiato responsabili civilmente per lo stesso titolo, tra di loro in situazione di litisconsorzio necessario ed in situazione di litisconsorzio facoltativo con l'imputato. Tre sono le strade prospettate dall'ordinanza di remissione: la sospensione necessaria [ex art. 75, comma 3, c.p.p.](#) nei confronti di tutti i litisconsorti, siano essi facoltativi ovvero necessari *ex lege*; la sospensione della sola azione risarcitoria proposta in sede civile nei confronti dell'imputato, previa separazione (e prosecuzione) delle cause originariamente connesse; la non applicazione della sospensione [ex art. 75, comma 3, c.p.p.](#) qualora il giudizio civile non sia stata proposta nei confronti del solo imputato. L'orientamento sinora seguito dalla Suprema Corte è nel senso che la sospensione necessaria *"del processo civile, disposta per il caso in cui il danneggiato abbia prima esercitato l'azione civile in sede penale con la costituzione di parte civile e, quindi, abbia successivamente esercitato l'azione civile in sede civile, non trova*

applicazione allorché il detto danneggiato eserciti l'azione civile in sede civile, non solo contro l'imputato, ma anche contro altri coobbligati; e ciò, tanto se il cumulo soggettivo così realizzato dia luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo, quanto se dia luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario"^[16]. L'ordinanza di remissione, pur non contestando il principio generale di autonomia tra il giudizio civile e quello penale, si pone in motivato contrasto con l'orientamento anzidetto, reputando – tra l'altro – che *"nelle ipotesi in cui la separazione delle cause non sia possibile, stante la previsione di legge del necessario litisconsorzio, dovrebbe pervenirsi -ove si intenda salvaguardare la possibilità dell'imputato di opporre il giudicato penale di assoluzione- alla soluzione di sospendere il giudizio civile"*^[17]. A conclusione delle presenti note pare osservare che una impostazione come quella adottata dal *conditor* del 1990 sembra poter essere di sollievo per lo stato attuale della giustizia civile che, almeno sotto tale angolo visuale, non è «gravata» da ulteriori attese ad essa esterne. Se, come affermato dalla Corte costituzionale, gli effetti in sede penale ed in sede civile sono *"diversi"*, il *novum* legislativo appare corretta applicazione dell'[art. 111, comma 2, Cost.](#), almeno nel suo contenuto minimo ed essenziale, individuato nell'esigenza di evitare previsioni normative che implicino *"rallentamenti manifestamente irragionevoli, perché non connessi con alcuna delle altre garanzie previste dall'art. 111"*^[18]. Ciò non toglie, a parere di chi scrive, che sia in ogni caso necessario tenere presente il monito di chi ha sostenuto che la previsione costituzionale, secondo la quale la legge *"assicura"* la ragionevole durata dei giudizi, pone un vero e proprio impegno in capo al legislatore ordinario, irrinunciabile e (se si vuole) *"preliminare"* ad ogni modifica processuale: quello di *"fornire alla giustizia le risorse e i mezzi appropriati per garantire una ragionevole intensità di lavoro di tutti gli addetti al settore"*^[19].

[16] Così Cass. Civ., Sez. VI-III, ord. [18 luglio 2013, n. 17608](#), in *DeJure*; in senso analogo si v. altresì Cass. Civ., Sez. VI-III, ord. 27 febbraio 2018, n. 4526, *ibidem*; Cass. Civ., Sez. III, [13 marzo 2009, n. 6185](#), *ibidem*; Cass. Civ., Sez. III, ord. 26 gennaio 2009, n. 1862, *ibidem*.

[17] Così il punto 6 dell'ordinanza [25918/2018 cit.](#)

[18] Così Andronio A., *Art. 111*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, UTET, Torino, 2006, 2116.

[19] Cecchetti M., voce *Giusto processo a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 611.

INGIUNZIONE E ARBITRATO

Ancora intorno a procedimento d'ingiunzione e arbitrato

Nota a Cass. civ., Sez. Unite, 21 settembre 2018, n. 22433 e Cass. civ., Sez. 6/3, 10 settembre 2018, n. 21942

di Giuseppe Finocchiaro

dell'8 febbraio 2019

Sommario

1. Rilievi introduttivi
2. La tradizionale posizione della dottrina
3. La posizione della giurisprudenza
4. La più recente e preferibile posizione dottrinale

D) Cass. civ., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22433 – Pres. Schirò – Rel. Genovese – P.m. (conf.) Del Core – Ric. Gildemeister Energy Services Italia s.r.l. – Int. Ralos Italia s.r.l. unipersonale

Arbitrato straniero – Concessione del decreto ingiuntivo – Regolamento di giurisdizione – Sussistenza della convenzione per arbitrato straniero – Improseguibilità del giudizio di merito – Nullità del decreto ingiuntivo (C.p.c., artt. [37](#), [41](#), [633](#), [645](#), [816](#))

In tema di opposizione a decreto ingiuntivo, quando all'esito del regolamento preventivo di giurisdizione sia stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice nazionale per l'esistenza di una convenzione per arbitrato straniero, si determina l'improseguibilità del giudizio di merito, in quanto il giudice italiano, pure avendo avuto il potere di adottare il provvedimento poi opposto, non ha più quello di decidere la relativa controversia, se non limitandosi a dichiarare la nullità del ridetto decreto monitorio.

II) Cass. civ., sez. VI/3, 10 settembre 2018, n. 21942 – Pres. Amendola – Rel. Cigna – P.m. (conf.) Basile – Ric. Verbana s.r.l. – Controric. Boni s.p.a.

Arbitrato irrituale – Concessione del decreto ingiuntivo in presenza di una convenzione arbitrale irrituale – Interpretazione della convenzione come per arbitrato rituale – Senten-

za di revoca del decreto ingiuntivo – Impugnabilità – Regolamento di competenza (C.p.c., artt. [42](#), [633](#), [645](#), [808-ter](#), [819-ter](#))

È ricorribile mediante regolamento di competenza la sentenza del tribunale che abbia rigettato la domanda di parte creditrice, revocando il decreto ingiuntivo concesso nell'erroneo presupposto che i contraenti avessero concordato la clausola compromissoria demandando la decisione ad arbitrato irrituale anziché rituale.

1. Rilievi introduttivi

Le due recenti decisioni della S.C. in commento (Cass., sez. un., [21 settembre 2018, n. 22433](#), e Cass. VI/3, [10 settembre 2018, n. 21942](#)^[1]) affrontano una serie di complesse questioni, ma le stesse – essendo state entrambe pronunciate nell'ambito di procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo in cui è stata sollevata eccezione di compromesso – offrono l'occasione per occuparsi del tema dei rapporti tra procedimento ingiuntivo e arbitrato.

Si tratta di un argomento che s'impone all'attenzione a ragione del notevole rilievo pratico: è palese che qualsiasi processo arbitrale, per quanto celere, non può in nessun modo rivaleggiare sulla tempistica offerta dal procedimento monitorio al fine di ottenere un provvedimento munito di efficacia

[1] Già edita in *Guida al dir.*, 2018, f. 41, 59, con nota su altra parte di E. Sacchetti, *I contratti sui moduli esigono la specifica sottoscrizione*.

esecutiva. Di conseguenza, la parte che disponga di una prova scritta del proprio credito *ex art. 634 c.p.c.*, ancorché vincolato da una convenzione arbitrale, preferirà avvalersi del procedimento ingiuntivo piuttosto che rivolgersi agli arbitri.

2. La tradizionale posizione della dottrina

Questa condotta processuale, secondo un risalente ed autorevole insegnamento^[2], sarebbe consentita a ragione delle concorrenti considerazioni secondo cui: “se anche le parti volessero, il collegio arbitrale non potrebbe emettere un decreto ingiuntivo e ciò perché le stesse norme che delimitano la compromettibilità delle controversie in arbitri lo vietano... Dagli artt. 806, 808 cit. risulta, dunque, che indipendentemente dal disposto dell’art. 818 cod. proc. civ., o di un eventuale principio generale da esso desumibile, gli arbitri non possono emettere decreti d’ingiunzione, perché i poteri di accertamento loro conferiti sono contenuti dalla stessa legge in limiti ben definiti (vedi anche art. 8 cod. proc. civ. del 1865) e comunque tali da escludere che i poteri medesimi possano riguardare la creazione di situazioni processuali, differenti da quelle che sono caratteristiche dei processi di cognizione, vuoi di accertamento come di condanna...”^[3].

L’opinione riferita è stata nuovamente e sempre autorevolmente sostenuta, argomentando che “l’art. 818 richiama alla mente i procedimenti sommari in generale... i quali tendono a conseguire una normativa senza giudizio, costituiscono una forma autonoma di tutela rispetto al procedimento ordinario, e quindi stia alla loro base una vera e propria azione. Ora è del tutto impensabile che la stipulazione di una clausola escluda un ricorso a questa tutela”^[4]. Pertanto, si conclude che, anche in presenza di una convenzione arbitra-

le, il creditore può chiedere ed ottenere il decreto ingiuntivo al giudice dello Stato, che rimane investito dell’adozione di tutti i provvedimenti relativi alla sua esecutività, mentre nel contempo la decisione del merito della controversia è riservata agli arbitri.

Ancora più di recente la tesi secondo cui, pur in presenza della convenzione arbitrale, sarebbe possibile comunque avvalersi del procedimento monitorio è stata sostenuta da altra autorevole dottrina sulla base delle concorrenti considerazioni che “la deroga alla competenza del giudice ordinario, derivante dalla stipulazione della clausola compromissoria, sia rimessa all’iniziativa di parte, conformemente a quanto oggi previsto dal nuovo art. 819-ter, c.p.c., come modificato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40”, e che, “poiché lo strumento per far valere l’opzione [a favore dell’arbitrato] è un’eccezione di parte, questa, per la struttura del procedimento monitorio, ove il contraddittorio è successivo all’emanazione del provvedimento ingiuntivo, oltre che eventuale, essendo condizionato all’instaurazione del giudizio di opposizione, non potrà essere sollevata che appunto con l’atto di opposizione, con la conseguenza che al giudice adito in sede monitoria non è consentito di rilevare *ex officio* l’esistenza della convenzione di arbitrato e quindi di rigettare il ricorso, ai sensi dell’art. 640 c.p.c., per tale motivo”^[5].

3. La posizione della giurisprudenza

Quello appena riferito, nonostante, in modo pienamente condivisibile, sia definito come un “fenomeno abnorme”^[6], costituisce attualmente il c.d. “diritto vivente”, seguito dalla giurisprudenza sia di merito^[7], sia di legittimità.

In particolare, è pacifico l’orientamento secondo cui l’esi-

[2] G.A. Micheli, *Procedimento d’ingiunzione e arbitrato*, in *Foro it.*, 1943, I, 837 e ss., che critica Cass. civ., 9 marzo 1943, n. 553, per aver deciso che se il debitore nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, eccepisce la esistenza di una clausola compromissoria, il giudice, ove riconosca fondata la eccezione, deve dichiarare la propria incompetenza e annullare il decreto ingiuntivo.

[3] *Op. ult. cit.*, 839.

[4] S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, t. 2, Milano 1971, sub art. 808, 233-235.

[5] C. Punzi, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, 2° ed., Padova, 2012, vol. III, 226-227.

[6] *Op. ult. cit.*, 228: “Ciò spiega il fenomeno abnorme di un provvedimento di ingiunzione, che appare *sub condicione* e quindi revocabile successivamente, ma che è in realtà pronunciato su richiesta di un soggetto che già aveva esercitato liberamente la sua opzione a favore degli arbitri e da un giudice, la cui funzione giurisdizionale, per la sussistenza di quell’opzione e quindi del patto compromissorio, risultava paralizzata”.

[7] Trib. Palermo 14 marzo 2013, n. 1156, in *Guida al dir.*, 2013, f. 31, 72, che ha deciso che l’improponibilità della domanda a causa della previsione di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale è rilevabile non già di ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata e, dunque, non osta alla richiesta e alla conseguente emissione di un decreto ingiuntivo. Rientra, tuttavia, nella facoltà dell’intimato eccepire l’improponibilità della domanda dinanzi al giudice dell’opposizione e ottenere la relativa declaratoria. Ne deriva che, qualora nel contratto ci sia una clausola compromissoria, tenuto conto che gli arbitri non possono pronunciare provvedimenti monitori, il giudice ha il potere di emettere un decreto ingiuntivo che sarà, tuttavia, revocabile se, nella successiva fase di opposizione, venga eccepita l’incompetenza dell’ufficio giudiziario adito, stante la sussistenza della predetta clausola compromissoria. (Nel caso di specie, è stata accolta l’opposizione a decreto ingiuntivo, atteso che l’opponente ha eccepito l’incompetenza del giudice ordinario a dirimere la controversia, essendo presente nel contratto per cui è causa una clausola compromissoria. A fronte di tale eccezione, è stata dichiarata la nullità del decreto ingiuntivo e rimessa la controversia al giudizio degli arbitri).

stenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un decreto ingiuntivo (atteso che la disciplina del procedimento arbitrale non contempla l'emissione di provvedimenti *inaudita altera parte*), ma impone a quest'ultimo, in caso di successiva opposizione fondata sull'esistenza della detta clausola, la declaratoria di nullità del decreto opposto e la contestuale remissione della controversia al giudizio degli arbitri[8].

Sostanzialmente identica posizione è tenuta con riguardo all'arbitrato irrituale[9].

4. La più recente e preferibile posizione dottrinale

4. Se sul tema la giurisprudenza appare granitica, in dottrina la posizione è più articolata: non mancano, infatti, autori che lamentano come tale ricostruzione conduca a risultati insoddisfacenti e contraddittori[10] e sostengono che il giudice adito per la tutela monitoria possa e debba rilevare d'ufficio la propria incompetenza per la sussistenza di una convenzione arbitrale, a condizione – ovviamente – che questa sia stata prodotta in giudizio dal ricorrente (circostanza che normalmente si verifica in relazione a crediti nascenti da un contratto cui sia apposta una clausola compromissoria)[11].

Questa conclusione trova oggi conforto nell'insegnamento del giudice delle leggi secondo cui, per fornire un'interpretazione conforme agli artt. 24 e 111 Cost., deve ritenersi che il giudice, nella fase senza contraddittorio del procedimento per decreto ingiuntivo, possa e debba rilevare d'ufficio l'incompetenza per territorio anche oltre i casi dell'[art. 28 c.p.c.](#)[12] Il principio enunciato in questa decisione è da ritenersi applicabile anche alla c.d. *exceptio compromissi*, posto che il medesimo, come chiarito in motivazione, è funzionale a escludere un grave “inconveniente fattuale” a danno dell'ingiunto: questi, infatti, per evitare la definitiva soccombenza nel merito, si vede costretto a “proporre opposizione davanti al giudice funzionalmente competente, arbitrariamente scelto dall'attore in monitorio. Da ciò discende che la situazione dell'ingiunto è assimilabile, più che a quella del convenuto nel rito ordinario, a quella del convenuto straniero davanti al giudice italiano che sia privo di giurisdizione: situazione, quest'ultima, disciplinata (sia dall'abrogato [art. 37, comma secondo, c.p.c.](#), sia dal vigente [art. 11 della legge 31 maggio 1995, n. 218](#)) nel senso che, in caso di contumacia, il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio”. In proposito deve considerarsi che l'ec-

[8] V. Cass. civ. [28 luglio 1999, n. 8166](#), che ha affermato che

In precedenza, cfr. Cass. civ. [22 maggio 1976, n. 1852](#), che aveva deciso che poiché nel procedimento per arbitrato rituale non è prevista l'emanazione di provvedimenti monitori, il giudice ordinario, che ne sia richiesto, può emettere decreto ingiuntivo anche in ordine a rapporto oggetto di clausola compromissoria: questa può portare alla declaratoria di incompetenza, con conseguente revoca del decreto, solo a seguito di eccezione dell'ingiunto, nel giudizio di opposizione avverso il decreto, sempre che, al momento della relativa pronuncia, non siano venute meno le condizioni ostative al potere di cognizione del giudice medesimo (nella specie, a seguito di sopravvenuta risoluzione consensuale del compromesso); Cass. civ. [18 febbraio 1963, n. 365](#), in *Foro it.*, 1963, I, 1187, nonché in *Giust. civ.*, 1963, I, 1066. Se e vero che il giudice ordinario è sempre competente ad emettere decreto ingiuntivo nonostante l'esistenza di una clausola compromissoria prevista nel contratto dal quale abbia origine il rapporto creditorio dedotto in giudizio, perché la disciplina del procedimento arbitrale non prevede la pronuncia di provvedimenti di carattere monitorio, tuttavia, quando sia stata proposta opposizione al decreto ingiuntivo si instaura il normale procedimento di cognizione e, se il debitore eccepisce la competenza arbitrale, si verificano, a seguito della contestazione, i presupposti fissati nel compromesso e, conseguentemente, viene a cessare la competenza del giudice precedentemente adito, il quale deve revocare il decreto ingiuntivo e rinviare le parti davanti al collegio arbitrale ovvero all'arbitro unico, secondo i casi.

[9] Cfr. Cass. civ., sez. un., [30 settembre 2016, n. 19473](#) (in *Guida al dir.*, 2017, f. 1, 35, secondo cui la questione della improponibilità della domanda conseguente alla previsione di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, da sollevarsi su eccezione di parte e non rilevabile d'ufficio, non osta alla emissione di un decreto ingiuntivo essendo facoltà dell'intimato eccepire la improponibilità della domanda dinanzi al giudice della opposizione e ottenere la relativa declaratoria. Tale eccezione, peraltro, non può ritenersi né equipollente, né sovrapponibile a quella di difetto di giurisdizione, a sua volta eccezione di rito, tipizzata nei suoi effetti predeterminati dalle norme applicabili e che non appare surrogabile da comportamenti più o meno concludenti della parte); Cass. civ. [4 marzo 2011, n. 5265](#) (che ha deciso che l'improponibilità della domanda a causa della previsione d'una clausola compromissoria per arbitrato irrituale è rilevabile non già d'ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata e, dunque, non osta alla richiesta ed alla conseguente emissione di un decreto ingiuntivo; tuttavia, è facoltà dell'intimato eccepire l'improponibilità della domanda dinanzi al giudice dell'opposizione ed ottenerne la relativa declaratoria); Cass. civ. [9 luglio 1989, n. 3246](#), in *Quad. giur. impresa*, 1990, f. 1, 146.

[10] V. L. Bergamini, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, in *Riv. arb.*, 2012, 64, ove condivisibilmente si osserva che la soluzione seguita dal diritto vivente “riserva alla tutela monitoria una provvisorietà che, di fatto, la priva di reale efficacia, onera l'intimato dell'inizio di un processo a cognizione piena al solo scopo di far rilevare l'assenza di poteri nel giudice, ed impone un costo inutile al sistema giudiziario caricato di cause destinate a terminare nel nulla”.

[11] Così G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, 7° ed., vol. II, Padova, 2015, 295.

[12] C. cost. [3 novembre 2005, n. 410](#), in *Giur. it.*, 2006, 1215, con note adesive di G. Tota, *La (supposta) irrilevanza d'ufficio dell'incompetenza territoriale “semplice” nel rito monitorio ancora al vaglio della Consulta*, e di R. Conte, *Valenza costituzionale dei criteri della competenza e procedimento monitorio*, nonché in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1473, con nota di E.F. Ricci, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo secondo la Corte costituzionale*.

cezione con cui si fa valere la sussistenza di una convenzione arbitrale rituale interna è oggi positivamente trattata come una questione di competenza dall'[art. 819-ter c.p.c.](#) e la giurisprudenza ritiene che, ove la controversia sia devoluta in arbitrato estero, siano applicabili le disposizioni in tema di difetto di giurisdizione del giudice straniero[13]. Non si può, pertanto, non prendere le distanze da chi, sostenendo che *l'exceptio compromissi* non ponga esattamente una questione né di competenza né di difetto di giurisdizione, esclude l'applicabilità delle indicazioni della Corte costituzionale alla fattispecie in esame[14].

La conclusione sopra riferita si fonda altresì sulla più generale convinzione che il giudice richiesto della concessione del decreto ingiuntivo, dovendo pronunciare in difetto della preventiva instaurazione del contraddittorio, sia chiamato a valutare d'ufficio tutte le questioni, comprese quelle che nell'ambito dell'ordinario processo di cognizione sono riser-

vate all'iniziativa di parte[15]. Due concorrenti argomenti confermano la correttezza di questo rilievo:

- da un lato, la formula testuale dell'[art. 640, comma 2, c.p.c.](#), secondo cui “...se la domanda non è accoglibile, il giudice la rigetta con decreto motivato”: la “non accoglibilità” è sicuramente espressione che comprende al proprio interno, pur senza esaurirle le ipotesi di difetto dei presupposti processuali, mancanza di prova idonea o infondatezza della pretesa;
- dall'altro lato, la complessiva struttura della fase *inaudita altera parte* del procedimento monitorio: ai sensi dei commi [1](#) e [3](#) dell'[art. 640](#) cit., infatti, rispettivamente, il giudice ha il potere/dovere di interloquire con il ricorrente prima di rigettare la domanda d'ingiunzione, e l'eventuale provvedimento di rigetto non pregiudica in nessun modo la possibilità di far valere in via ordinaria il diritto vantato[16].

[13] In questo senso, oltre alla prima delle decisioni in esame, per l'affermazione del principio secondo cui la devoluzione della controversia ad organo arbitrale straniero va assimilata alla attribuzione della *potestas decidendi* a giudice estero e quindi la relativa questione si articola in termini di conflitto di giurisdizione, risolvibile a mezzo del regolamento necessario di cui all'[art. 41 c.p.c.](#), cfr. Cass. civ., sez. un., [13 giugno 2017, n. 14649](#); Cass. civ., sez. un., [26 maggio 2015, n. 10800](#) (in *Giur. it.*, 2016, 1196, con nota di C. Asprella, *Arbitrato estero, regolamento di giurisdizione e fallimento di una delle parti*, nonché in *Corriere giur.*, 2016, 531, con nota di M. Visconti, *Le Sezioni Unite si confermano: il riparto di attribuzioni fra giudice ordinario e arbitro estero configura questione di giurisdizione che va (quindi) decisa col relativo regolamento*); Cass. civ., sez. un., [20 gennaio 2014, n. 1005](#) (in *Dir. maritt.*, 2014, 535, con nota di F. De Robertis, *Regolamento preventivo di giurisdizione e arbitrato estero: l'eccezione di compromesso*); Cass. civ., sez. un., [25 ottobre 2013, n. 24153](#) (in *Foro it.*, 2013, I, 3407, con nota di E. D'Alessandro, nonché in *Corriere giur.*, 2014, 84, con nota di G. Verde, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Giusto processo civ.*, 2014, 197, con nota di G. Monteleone, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*, ed in *Riv. arb.*, 2015, 307, con nota di L. Bergamini, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della Corte di cassazione, tra disciplina interna e convenzione di New York*).

[14] Si fa riferimento a A. Perin, *Il procedimento d'ingiunzione e l'eccezione di clausola arbitrale*, in *Corr. merito*, 2010, 835.

[15] Per la generale affermazione che il giudice adito con ricorso monitorio debba sempre rilevare *ex officio*, senza distinzione di sorta, il difetto di qualsiasi presupposto processuale ed emanare così “decreto di rigetto, con gli effetti di pura pronuncia processuale, previsti dall'[art. 640, 3 co.](#)”, v. G. Tomei, *Procedimento d'ingiunzione*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, 559-560, ad avviso del quale l'[art. 640, comma 2, c.p.c.](#), nonché F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 9° ed., vol. IV, Milano, 2017, 150, che, pur avvertendo della contrarietà della maggioritaria dottrina, chiarisce che “Nel procedimento per decreto ingiuntivo non si applicano i limiti alla rilevazione di ufficio delle questioni (di rito e di merito), propri del processo a cognizione piena. Pertanto, il giudice può rigettare il ricorso anche rilevando un'incompetenza territoriale semplice, oppure la prescrizione del diritto. Ciò discende dalla funzione che ha il procedimento sommario: evitare un processo a cognizione piena, quando esso non sia necessario. Se, dunque, il giudice si avvede dell'esistenza di un fondato motivo di opposizione, egli deve rifiutare il provvedimento, anche se tale motivo, nel processo a cognizione piena, non è rilevabile di ufficio (ad es., sussiste una incompetenza territoriale semplice, oppure il credito è prescritto). Non avrebbe senso, infatti, concedere il decreto ingiuntivo con la consapevolezza che l'istante ha torto in rito o in merito, e costringere quindi l'ingiunto a proporre un'opposizione che sarebbe fondata”.

[16] Sostanzialmente la medesima argomentazione ricorre anche nella motivazione di C. cost. [3 novembre 2005, n. 410](#), cit.: “Non a caso, peraltro, il procedimento monitorio prevede che il giudice provveda al rigetto della domanda d'ingiunzione solo dopo aver fatto presente alla parte istante quanto a suo giudizio osta all'emissione del decreto (e, quindi, nel pieno rispetto del principio ispiratore dell'[art. 183, comma terzo, c.p.c.](#)) ed averla sollecitata a fornire elementi utili per superare quelle osservazioni: sicché non soltanto l'attore in monitorio può far valere compiutamente le sue ragioni ma anche, alla pari di quanto prevede il procedimento cautelare uniforme ([art. 669-septies](#)), il provvedimento di rigetto non pregiudica in alcun modo la riproposizione, anche davanti al medesimo ufficio giudiziario, della domanda ([art. 640 c.p.c.](#))”.

GIURISDIZIONE

Le clausole facoltative e asimmetriche di scelta della giurisdizione nel diritto processuale civile italiano [1]

di Michele Angelo Lupoi

dell'11 febbraio 2019

Sommario

1. Il trattamento delle clausole di scelta della giurisdizione in generale
2. Gli accordi facoltativi di scelta della giurisdizione
3. Accordi asimmetrici di scelta della giurisdizione

1. Il trattamento delle clausole di scelta della giurisdizione in generale

In questo scritto mi occuperò degli accordi facoltativi di scelta della giurisdizione nel diritto italiano. Preliminarmente, si deve osservare che, in questo ambito, il diritto interno svolge un ruolo residuale rispetto alle previsioni dei regolamenti europei, in particolare con riferimento all'[art. 25 del regolamento UE n. 1215 del 2012](#). Le norme europee in materia di clausole di scelta del foro (e la giurisprudenza della Corte di giustizia ad esse relativa), peraltro, non saranno esaminate qui in modo diretto, per essere piuttosto menzionate in quanto rilevanti rispetto al tema affrontato.

Prima di entrare nel merito dell'argomento specifico, in questo paragrafo introduttivo occorre rapidamente esaminare le norme di riferimento nella materia.

Nel sistema processuale civile italiano, come ben noto, le parti godono di ampia libertà nello scegliere sia lo strumento per la soluzione di una controversia insorta tra loro sia il foro nel quale instaurare il relativo procedimento giudiziale. Dal primo punto di vista, le parti, a certe condizioni, possono scegliere se fare decidere la loro lite da un arbitro o da un giudice. Di questo argomento non mi occuperò qui.

Rispetto alle clausole di scelta del foro, d'altro canto, si deve distinguere tra controversie nazionali e transfrontaliere.

Rispetto alle liti "interne", le parti possono predeterminare,

con un'apposita clausola contrattuale, la competenza territoriale, individuando il foro in Italia nel quale la domanda dovrà essere proposta in caso di controversia. Ai sensi dell'[art. 28 c. p. c.](#), rubricato "Foro stabilito per accordo delle parti", le regole sulla competenza territoriale possono, come regola, essere derogate dai litiganti, con l'eccezione di alcune materie, come i procedimenti cautelari, e dei casi in cui la legge esclude accordi di questo tipo.

Nel contenzioso transfrontaliero, d'altro canto, le parti possono prendere accordi rispetto allo Stato le cui corti saranno chiamate a risolvere la controversia che dovesse insorgere tra loro. È proprio su queste clausole di scelta della giurisdizione che si focalizza la mia attenzione.

L'approccio italiano alle clausole di scelta del foro, peraltro, non è sempre stato "liberale". In effetti, nel codice di rito del 1942, l'[art. 3](#) (che recava l'eloquente rubrica: "Inderogabilità convenzionale della giurisdizione") statuiva che la giurisdizione italiana non potesse essere derogata per accordo delle parti a favore di una giurisdizione straniera, salvo che la controversia riguardasse obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un italiano non residente né domiciliato in Italia, purché un simile accordo fosse redatto per iscritto. In altre parole, la validità delle clausole di deroga alla giurisdizione era condizionata a pesanti limiti oggettivi e soggettivi[2].

D'altro canto, un convenuto straniero poteva essere sempre

[1] Si tratta di una versione ridotta della relazione nazionale presentata al Congresso dell'Accademia internazionale di diritto comparato tenutosi a Fukuoka (Giappone), nel luglio 2018.

[2] V. Miele, *L'accettazione della giurisdizione straniera e il divieto di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, p. 389; Bentivoglio, *L'art. 2 c. p. c. e la determinazione della competenza internazionale del giudice straniero*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 216; Iaccarino, *Il cosiddetto atto di deroga al-*

soggetto alla giurisdizione italiana se avesse accettato tale giurisdizione (ai sensi dell'[art. 4, comma 1° c. p. c.](#)), a meno che la controversia riguardasse immobili situati all'estero. Tale accettazione della giurisdizione italiana poteva essere espressa (anche) tramite una clausola di scelta del foro. Le norme del codice del 1942 in questo ambito erano l'espressione di un sistema isolato e chiuso in se stesso, nel quale l'esercizio della giurisdizione aveva fortissime connotazioni pubblicistiche, come espressione della sovranità nazionale. Questo approccio, sviluppatosi sotto il regime dittatoriale fascista al potere nel 1942, sopravvisse, in effetti, per parecchi decenni alla caduta di tale regime.

Con il passare del tempo, peraltro, tale approccio, totalmente in contrasto con quello che si stava sviluppando, a partire dagli anni '70, nell'ambito del nascente spazio europeo di giustizia, era diventato antistorico ed ingiustificabile[3].

Questo scenario fu, infine, totalmente innovato dalla [legge n. 218 del 1995](#), che riformò, come ben noto, il diritto internazionale privato e processuale italiano, aprendolo ai valori giuridici stranieri, con una forte influenza, rispetto alla disciplina della giurisdizione e della circolazione delle decisioni, della convenzione di Bruxelles del 1968, sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziali tra gli Stati contraenti di quella che all'epoca era la Comunità europea.

Un ambito particolarmente rivoluzionato fu proprio quello delle clausole di scelta della giurisdizione: seguendo l'esempio delle regole uniformi europee in questo contesto, tali clausole, in sostanza, furono "liberalizzate"[4] e la giurisdizione italiana perse la sua natura "assoluta"[5].

Per quanto ci interessa qui, ai sensi dell'[art. 4, comma 1° della legge n. 218 del 1995](#) (rubricato "Accettazione e deroga della giurisdizione")[6], quando la giurisdizione italiana non esiste in base ad altri criteri di collegamento normativi, essa può comunque essere esercitata se le parti l'hanno accet-

tata convenzionalmente e tale accettazione può essere provata per iscritto[7].

Il [comma 2° dell'art. 4](#), inoltre, stabilisce che la giurisdizione italiana può essere derogata convenzionalmente in favore di una corte o di un arbitro straniero se tale deroga è provata per iscritto e la controversia riguarda diritti disponibili. Da un punto di vista soggettivo, la validità delle clausole di scelta del foro non è più limitata dalla nazionalità delle parti, come nel vigore dell'abrogato [art. 2 c. p. c.](#)[8]. Per quanto riguarda l'oggetto della controversia, inoltre, l'unico requisito, come si è visto, è che essa si riferisca a diritti di cui le parti possano liberamente disporre.

Il sistema è chiuso dal [comma 3° dell'art. 4](#), che stabilisce che la deroga alla giurisdizione italiana non ha effetto se il giudice o l'arbitro straniero declini l'esercizio della propria giurisdizione o non possa decidere il caso per qualsiasi altra ragione.

Come si è detto, l'[art. 4](#) svolge un ruolo residuale rispetto all'[art. 25 del regolamento UE n. 1215 del 2012](#) e si applica solo alle clausole di scelta del foro non governate da tale norma, ad esempio quelle che attribuiscono giurisdizione alle corti di uno Stato terzo.

L'[art. 4](#), inoltre, è l'espressione di un approccio generalmente accolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiane, che, in sostanza, consente alle parti di "delocalizzare" il loro rapporto giuridico rispetto alle previsioni di un sistema normativo specifico, seguendo *standard* normativi accettati a livello internazionale[9].

La norma in esame combina i due effetti tipici di una clausola di scelta del foro, ovvero:

a) un effetto positivo (proroga), per quanto riguarda l'attribuzione di giurisdizione alle corti italiane in base alla volontà (tacita o espressa) delle parti: tale proroga può coesistere con la giurisdizione attribuita da altre disposizioni normative nel caso specifico oppure può determinare di per sé l'esi-

la giurisdizione italiana, Napoli, 1960; Luzzatto, *In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 527; Saule, *L'art. 2 c. p. c. e la pretesa esclusività della giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 288; Villani, *L'accettazione della giurisdizione come criterio di competenza internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1972, p. 661; Di Blase, *La deroga nel sistema del codice*, in *Dig. civ.*, voce *Deroga alla giurisdizione*, Torino, vol. V, 1989; Queirolo, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale tra diritto comunitario e diritto interno*, Padova, 2000, p. 72 ss.; Salesi, *Clausola di deroga alla giurisdizione in polizza di carico e legge regolatrice del trasporto*, in *Dir. mar.*, 1988, p. 1231.

[3] Vedi Carbone, *La (nuova) disciplina italiana della deroga alla giurisdizione*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 553.

[4] Biavati, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, p. 135; Martino, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, 2000, p. 517; Carbone, *op. cit.*, p. 554.

[5] Carbone, *op. cit.*, p. 555.

[6] Attardi, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 733.

[7] V Carbone, *op. cit.*, p. 556 ss.

[8] *Amplius* Biavati, *op. cit.*, p. 31; Martino, *op. cit.*, p. 521.

[9] Cass., sez. un., ord., [7 settembre 2016, n. 17675](#).

stenza della giurisdizione della corti italiane. In altre parole, a fronte di una scelta delle corti italiane valida ed efficace, il giudice italiano sarà vincolato a decidere la relativa controversia, senza potere esercitare nessuna forma di discrezione e senza essere in condizione di mettere in discussione la sua “appropriatezza” o chiedersi se il sistema giuridico italiano abbia un interesse alla soluzione della lite. Questo vuol dire che una scelta del foro italiano attribuirà giurisdizione al giudice nazionale a prescindere da qualsiasi collegamento oggettivo o soggettivo tra l’Italia e la controversia: una giurisdizione, dunque, che può essere qualificata come “universale”[10]. Rispetto ai requisiti formali delle clausole di proroga, l’[art. 4, comma 1°](#) richiede soltanto che esse siano provate per iscritto[11], al fine di proteggere il convenuto contumace o che neghi di avere mai approvato la proroga che tali clausole derivi[12]: ciò vuol dire che le clausole di scelta del foro possono essere concordate oralmente;

b) un effetto negativo (deroga): una clausola di scelta di un foro straniero nega la giurisdizione italiana esistente in base alle disposizioni normative in materia. A fronte di una clausola di deroga, i giudici italiani sono vincolati a dismettere la propria giurisdizione, senza possibilità di valutazioni discrezionali o di mettere in dubbio la scelta espressa dalle parti a favore del foro straniero. La deroga a favore delle corti straniere, comunque, non è sempre ammissibile, dal momento che non è consentita rispetto ai diritti indisponibili[13]. Inoltre, anche la clausola di deroga deve essere prova-

ta per iscritto[14].

L’[art. 4](#) non richiede che il foro straniero sia a qualsiasi titolo collegato alla controversia[15]. È, dunque, possibile scegliere le corti di uno Stato neutrale o di uno Stato nel quale sia localizzato un rapporto connesso[16]. La semplice volontà delle parti è sufficiente ad attribuire giurisdizione anche in assenza di qualsiasi altro criterio di collegamento, nel prisma del principio di funzionalità delle giurisdizioni concorrenti[17].

Si richiede che la clausola di deroga non si limiti a negare la giurisdizione italiana: la clausola, infatti, deve sempre contenere la scelta di un foro straniero (o, almeno, i criteri per individuare tale foro) ([18]). In altre parole, la deroga alla giurisdizione italiana deve sempre essere combinata con la scelta di un foro straniero[19].

Rispetto alle clausole di deroga alla giurisdizione italiana, per identificare la corte scelta dalle parti, si richiede che la clausola stessa individui con chiarezza il sistema legale straniero a cui viene attribuita giurisdizione[20]: sta poi alla *lex fori* straniera localizzare la corte competente nell’ambito del proprio ordinamento. In effetti, la Corte di Cassazione[21] ha stabilito, rispetto ad una clausola di scelta del foro che si riferiva alla competenza di cinque corti della Repubblica popolare cinese, che tale clausola dovesse solo specificare il sistema giudiziario straniero scelto dalle parti per la decisione della lite e non la corte territoriale specifica avanti alla quale la domanda dovesse essere proposta. Una volta accertato

[10] Queirolo, *op. cit.*, p. 101.

[11] V. Carbone, *op. cit.*, p. 559.

[12] V. Starace, *La disciplina dell’ambito della giurisdizione italiana nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 15; Carbone, *op. cit.*, p. 556; Balena, *I nuovi limiti della giurisdizione italiana (secondo la legge 31 maggio 1995, n. 218)*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 216.

[13] Queirolo, *op. cit.*, p. 101; Biavati, *op. cit.*, p. 33 ss.; Martino, *op. cit.*, p. 521; La China, *L’arbitrato e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 637; Luzzatto, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 838; Carbone, *op. cit.*, p. 565 ss.; Cass., sez. un., [30 giugno 1999, n. 369](#), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 741; Trib. Bologna, [9 gennaio 2007](#), in *Fam. min.*, 2007, n. 4, p. 72.

[14] *Amplius* Queirolo, *op. cit.*, p. 229 ss.; Carbone, *op. cit.*, p. 562.

[15] Secondo Carbone, *op. cit.*, p. 570, comunque, la scelta del foro straniero dovrebbe avvenire in buona fede ed essere dunque giustificabile con criteri collegati alla *ratio* del rapporto contrattuale tra le parti, alla luce delle pratiche commerciali.

[16] Biavati, *op. cit.*, p. 32: “La giurisdizione italiana si pone al servizio della risoluzione di una lite, non altrimenti collegata con il territorio e con l’ordinamento giuridico della Repubblica se non dalla volontà delle parti”.

[17] Corte cost., [18 ottobre 2000, ord. n. 428](#), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 645; Salerno, *Deroga alla giurisdizione e costituzione*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 33 ss.; Queirolo, *Accordi sulla competenza giurisdizionale: riflessioni a margine di alcune recenti decisioni*, in *Dir. mar.*, 2001, p. 32 ss.; Trib. Napoli, [26 aprile 2000](#), in *Giur. nap.*, 2000, p. 238, afferma: “la disciplina italiana sulla giurisdizione ha perso la marcata caratterizzazione pubblicistica che aveva in passato, riattribuendo alla volontà delle parti un ruolo primario nella scelta dell’autorità giudiziaria cui devolvere le loro controversie”.

[18] Comoglio, P., in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Comoglio L. P., Consolo, Sassani, Vaccarella, Torino, vol. I, 2012, p. 63; Carbone, *op. cit.*, p. 563.

[19] V. anche Carbone. *op. cit.*, p. 563.

[20] Cass., sez. un., [n. 2642 del 1998](#).

[21] N. 3568 del 14 febbraio 2011.

il difetto di giurisdizione italiana derivante dalla clausola di deroga, la localizzazione, all'interno del sistema straniero, della corte che abbia il potere di decidere la lite non riguarda la validità della clausola stessa, ma è una questione relativa alla competenza, rimessa alla valutazione del foro straniero. Come si è già argomentato, nell'[art. 4](#), il rapporto tra i due effetti speculari (deroga e proroga) è ben evidente: ai sensi del comma 3°, in effetti, la giurisdizione italiana può essere derogata solo se il giudice strano accetta o è in grado di decidere la causa. Altrimenti, la domanda può essere (ri)proposta davanti alle corti italiane, in base ai criteri di collegamento applicabili, al fine di evitare un diniego di giustizia.

La giurisprudenza relativa all'[art. 4](#) non è particolarmente copiosa: in effetti, il contenzioso transfrontaliero in Italia è prevalentemente governato da norme uniformi europee sulla giurisdizione. Dai casi disponibili, però, è possibile distillare alcune interessanti tendenze.

In particolare, si deve evidenziare che la giurisprudenza italiana ha adottato un approccio interpretativo dell'[art. 4 della legge n. 218 del 1995](#) basato non solo sulla sua formulazione letterale, ma anche sui precedenti della Corte di giustizia in relazione, dapprima, all'art. 17 della convenzione di Bruxelles del 1968, poi dell'[art. 23 del regolamento UE n. 44 del 2001](#) e, infine, dell'[art. 25 del regolamento UE n. 1215 del 2012](#). In pratica, da un punto di vista unilaterale, la giurisprudenza italiana cerca di applicare alle clausole a favore delle corti di uno Stato terzo *standard* uniformi a quelli applicati alle clausole a favore di uno Stato membro. In effetti, le decisioni della Corte di giustizia sono frequentemente richiamate in controversie relative all'[art. 4 della legge n. 218 del 1995](#)[22]. Anzi, in alcuni casi, vengono cumulati i requisiti di validità delle clausole di scelta del foro previsti, rispettivamente, dal diritto europeo e da quello interno, anche quando una delle due normative non sia direttamente applicabile alla fattispecie, con una sorta di approccio "onnicomprensivo", che punta a valorizzare l'applicazione di queste clausole a prescindere dal regime giuridico cui esse siano soggette[23].

Di regola, l'[art. 4](#) (in quanto espressione della *lex fori*) disciplina i requisiti formali di validità di una clausola di scelta

del foro. I requisiti soggettivi (relativi, ad esempio, alla valida formazione del consenso delle parti), d'altro canto, sono governati dalla legge sostanziale applicabile alla clausola[24].

Non esistono, nel diritto interno, disposizioni *ad hoc* sugli accordi di scelta del foro che coinvolgano parti presuntivamente deboli (come i lavoratori, i consumatori e gli assicurati). Ad ogni modo, alcuni punti di riferimento in questo ambito si possono desumere (ancora una volta) dalla normativa processuale uniforme di origine europea. E infatti, l'[art. 3 della legge n. 218 del 1995](#), rispetto alla giurisdizione in materia civile e commerciale, estende unilateralmente l'applicazione dei criteri di collegamento previsti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione di Bruxelles del 1969 (e, oggi, delle corrispondenti sezioni del regolamento [n. 1215/2012](#)) all'esercizio della giurisdizione nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato terzo. Questo rinvio include i criteri di collegamento che proteggono le parti deboli nei contratti di assicurazione, conclusi da consumatori e di lavoro ed in particolar modo le regole speciali che limitano la validità delle clausole di scelta del foro in tali contratti. La Cassazione[25], di recente, ribaltando una precedente giurisprudenza di segno contrario[26], ha affermato che una clausola di scelta della giurisdizione stipulata prima dell'insorgere della controversia e che obbligava un consumatore a citare una banca nel foro della sede della banca stessa (San Marino) fosse invalida. La Corte ha raggiunto questa conclusione applicando le norme protettive europee a cui l'[art. 3, comma 2°](#) della legge n. 218 si riferisce. Alle stesse conclusioni la Cassazione[27] era giunta in precedenza con riferimento a un contratto di lavoro che conteneva una scelta a favore delle corti saudite, stipulate prima dell'insorgere della lite, in violazione degli art. 18 e 19 del regolamento n. 44/2001, la cui applicazione escludeva quella dell'[art. 4, comma 2° della legge n. 218 del 1995](#)[28].

2. Gli accordi facoltativi di scelta della giurisdizione

Nel contesto di questo scritto, una clausola facoltativa di scelta del foro può essere definita come la clausola che non vincola una parte ad introdurre il procedimento nel foro ivi

[22] 17 gennaio 2005 n. 731; v. anche Cass., sez. un., [21 ottobre 2009, n. 22236](#); Trib. Napoli, [26 aprile 2000](#).

[23] V. Cass., sez. un., ord., [7 settembre 2016, n. 17675](#).

[24] Carbone, *op. cit.*, p. 553. V. Cass., sez. un., ord., 20 aprile 2010, n. 9309, per un'applicazione della legge sostanziale di San Marino.

[25] Cass., sez. un., ord., [20 febbraio 2013, n. 4211](#).

[26] Cass., sez. un., ord., 20 aprile 2010, n. 9309.

[27] Cass., sez. un., [18 giugno 2010, n. 14703](#).

[28] Cass., sez. un., [27 ottobre 2014, n. 22744](#), d'altro canto, semplicemente ignora la questione e, in una fattispecie analoga, stabilisce che il dipendente di un'ambasciata straniera sia vincolato da una clausola contrattuale che attribuisce giurisdizione alle corti degli Emirati Arabi Uniti.

designato. In altre parole, a fronte di una clausola facoltativa (o opzionale), le parti sono in condizione di proporre la loro domanda o nelle corti indicate nella clausola stessa o in qualsiasi altro foro competente in base alla normativa applicabile.

Le clausole esclusive di scelta del foro, per contro, hanno effetti vincolanti rispetto sia alla proroga che alla deroga della giurisdizione: in altre parole, quando una corte italiana si trova di fronte ad una simile clausola di scelta del foro straniero, è tenuta a dismettere la domanda per difetto di giurisdizione; d'altro canto, in caso di clausola di proroga a proprio favore, deciderà la controversia senza ulteriori considerazioni rispetto al proprio potere giurisdizionale.

Le clausole facoltative non generano obblighi né per le parti né per le corti diverse da quelle indicate nella clausola stessa^[29].

Esistono diverse versioni di clausole di questo tipo:

- a) le clausole facoltative bilaterali permettono ad ogni parte di agire (anche) nel foro o nei fori scelti nella clausola; un'ulteriore opzione è che ogni parte sia in grado di agire in un foro di propria scelta: tali clausole sono generalmente chiamate accordi non-unicamente esclusivi^[30];
- b) le clausole facoltative unilaterali^[31], d'altro canto, concedono una scelta di foro facoltativa a una sola delle parti, generalmente quella più forte sul piano contrattuale. L'altra parte, al contrario, è tenuta ad agire in una corte specifica indicata nella clausola. Tali clausole sono sovente chiamate "asimmetriche" (v. paragrafo terzo).

Da un punto di vista teorico, rispetto alla proroga della giurisdizione italiana, le clausole facoltative non hanno effetti vincolanti solo prima della proposizione della domanda. E, infatti, dopo che l'attore notifica la citazione in Italia in forza di una simile clausola, il giudice nazionale deciderà la controversia anche in mancanza di altri criteri di collegamento, come farebbe con riferimento ad una clausola esclusiva. Per quanto riguarda la deroga alla giurisdizione italiana, una clausola facoltativa di scelta del foro non ha effetti vincolanti, sia prima che dopo l'inizio della lite. In entrambi i casi, se un criterio di collegamento attribuisce giurisdizione concorrente alle corti italiane, queste ultime saranno in condizione di decidere la controversia. Se si instaura un giudizio

in Italia dopo che la stessa causa è stata presentata davanti a un giudice straniero, sulla base di una clausola facoltativa di scelta del foro, il giudice italiano prenderà esclusivamente in considerazione la litispendenza ai sensi dell'[art. 7 della legge n. 218 del 1995](#). Nell'ambito di tale analisi, la clausola facoltativa a favore del giudice straniero sarà considerata solo nella misura in cui essa attribuisca giurisdizione al giudice "prevenuto", poiché tale elemento deve essere valutato prima di sospendere il procedimento per litispendenza internazionale, fuori dall'ambito di applicazione delle regole uniformi europee.

In Italia, non è in discussione la possibilità di prevedere clausole opzionali come quelle di cui stiamo parlando. In effetti, sono considerate valide anche clausole che si riferiscano a due o più Stati con giurisdizione concorrente o ad una corte individuata con riferimento all'esclusivo interesse di una delle parti o, ancora, a corti dotate di giurisdizione esclusiva alternativa, a seconda del tipo di domanda proposta o dell'oggetto della controversia^[32]. Come si è detto, la riforma del 1995, in effetti, ha elevato la volontà delle parti a criterio di collegamento, entro i limiti posti dall'[art. 4 della legge n. 218](#), purché tale volontà sia espressamente o almeno chiaramente manifestata^[33].

Il vero dubbio è se, in base all'[art. 4](#), una clausola di scelta del foro, nel silenzio delle parti, debba essere considerata facoltativa o esclusiva.

Nell'aprire questo scritto, ho menzionato il fatto che le clausole di scelta del foro possono essere utilizzate anche nel contenzioso interno, per determinare la competenza territoriale rispetto ad una specifica controversia ([art. 28 c. p. c.](#)). Rispetto a tali clausole, l'[art. 29, comma 2° c. p. c.](#) prevede espressamente che esse abbiano una natura meramente facoltativa a meno che l'accordo qualifichi espressamente che la scelta delle parti abbia valenza esclusiva. In altre parole, in questo contesto, per espressa previsione normativa, la facoltatività è la regola e l'esclusività l'eccezione.

Rispetto all'[art. 29, comma 2° c. p. c.](#), la Cassazione^[34] ha statuito che una scelta di foro deve essere considerata esclusiva solo quando la sua formulazione letterale non lasci dubbi rispetto alle intenzioni delle parti di derogare alla competenza territoriale di qualsiasi altro foro ordinariamente com-

[29] Villata, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, 2012, p. 40.

[30] Keyes, Marshall, *Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical*, in *Jour. priv. int. law*, 2015, p. 346.

[31] Keyes, Marshall, *op. cit.*, p. 346.

[32] V. Carbone, *op. cit.*, p. 570.

[33] Queirolo, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 210; Righetti, *La deroga alla giurisdizione*, Milano, 2002, p. 398.

[34] Cass., [6 giugno 1989, n. 2751](#).

petente, richiedendo una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso. Ad esempio, la Cassazione ha negato che tali requisiti siano soddisfatti da una clausola che attribuisca “ogni controversia” alla corte individuata.

L'art. 4 della legge n. 218/95, per contro, non contiene una norma come quella dell'art. 29, comma 2° c. p. c. appena esaminata (e questo potrebbe di per sé essere considerato rilevante, ai fini interpretativi). Le opinioni, in ogni caso, si dividono tra chi crede che la disposizione dell'art. 29, comma 2° c. p. c. debba essere estesa, per analogia, alle clausole di scelta del foro nel contenzioso transfrontaliero e quelli che opinano che tale analogia sia inammissibile, alla luce della diversa funzione della scelta del foro competente rispetto a quella della scelta della giurisdizione.

La dottrina esprime così punti di vista contrapposti: per alcuni, l'art. 4 della legge n. 218 attribuisce esclusivamente una giurisdizione facoltativa e dunque concorrente, a meno che le parti chiariscano che la loro scelta di giurisdizione sia da considerare esclusiva^[35]. Un simile approccio si basa anche su una valutazione *a contrariod* delle norme uniformi europee per cui l'esclusività è la regola e la facoltatività l'eccezione^[36].

Altri, per contro, giungono alla conclusione opposta, ritenendo impossibile applicare in modo analogico l'art. 29, comma 2° c. p. c. al contenzioso transfrontaliero e facendo piuttosto riferimento proprio all'art. 25 del regolamento UE n. 1215/2012 (e alla «esclusività di *default*» ivi affermata) come punto di riferimento anche in questo ambito giuridico^[37].

Tale approccio è quello che mi sembra da accogliere.

In effetti, la stessa nozione di deroga menzionata nell'art. 4, comma 2° presuppone che una clausola di scelta del foro straniero possa di per sé mettere fuori gioco i criteri di collegamento che attribuirebbero altrimenti giurisdizione alle corti italiane, con un effetto, pertanto, esclusivo. Da un punto di vista unilaterale come quello espresso dall'art. 4, non avrebbe senso, altrimenti, riferirsi ad una deroga della giurisdizione italiana. In questo ambito del diritto, la semplice possibilità per le parti di instaurare un procedimento davanti ad un giudice straniero sarebbe irrilevante se tale accordo non sottraesse automaticamente potere giurisdizionale al foro italiano. Come si è già visto, una clausola facoltativa di

scelta del foro, in effetti, non ha alcun effetto di deroga.

Per quanto a mia conoscenza, un giudice italiano non ha mai esercitato la sua giurisdizione in base ai criteri di collegamento ordinari a fronte di una clausola di scelta del foro straniero valida ed efficace rispetto alla controversia specifica.

L'unica decisione che sembra supportare la teoria della “facoltatività di *default*” è una sentenza del Tribunale di Milano dell'11 dicembre 1997^[38] che, tuttavia, si occupa della questione solo in via di *obiter dictum*, in una fattispecie nella quale, pacificamente, non esisteva alcuna clausola a favore di un giudice straniero e il convenuto nel procedimento italiano cercava semplicemente di invocare una sorta di deroga implicita alla giurisdizione asseritamente derivante dalla sua accettazione della giurisdizione statunitense in un procedimento diverso (per quanto connesso) instaurato nei suoi confronti dall'attore negli Usa. Nel caso specifico, dunque, il Tribunale di Milano avrebbe potuto limitarsi a dichiararsi competente sul rilievo che l'art. 4 della legge n. 218 non ammette la deroga tacita o implicita alla giurisdizione italiana. Il giudice lombardo, invece, si è spinto ad affermare che, in ogni caso, aderiva alla tesi dottrinale per cui, in mancanza di una specifica disposizione normativa, una clausola di scelta del foro ai sensi dell'art. 4 della legge n. 218, debba avere un'efficacia meramente facoltativa, in mancanza di difformi accordi tra le parti. Tale affermazione non aveva alcuna nel caso specifico e non è stata seguita in alcuna ulteriore decisione di cui chi scrive sia a conoscenza.

In effetti, nella maggior parte delle decisioni della Cassazione in cui si discute della validità di una clausola di scelta del foro straniero, la questione della sua natura esclusiva non è neppure considerata in modo espresso^[39].

Appare, in effetti, più coerente con la funzione ed il ruolo di tali clausole nel contesto del commercio internazionale, attribuire loro una natura esclusiva di *default*. Dopo tutto, l'art. 4 della legge n. 218 esprime una chiara opzione del legislatore di spostarsi da un approccio protettivo (se non apertamente nazionalistico) ad uno in cui la giurisdizione italiana non sia più (solo) l'espressione della sovranità nazionale ma anche di un “servizio” per il pubblico a cui le parti possono rinunciare, in conformità agli *standard* e alle discipline internazionali.

In altre parole, un approccio sistematico conduce ad attribui-

[35] Balena, *op. cit.*, p. 227; Carbone, *op. cit.*, p. 571.

[36] Comoglio, *op. cit.*, p. 63.

[37] Penasa, in *Codice di procedura civile*, a cura di Consolo, Assago, 2013, *sub art.* 2.

[38] In *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 854.

[39] Cass., 20 marzo 2013, n. 4211, 18 giugno 2010, n. 14703, 14 febbraio 2011, n. 3568, 20 aprile 2010, n. 9308 e 9309, 21 settembre 2009, n. 22236.

re alle clausole di scelta del foro ai sensi dell'[art. 4](#) della legge n. 218 una natura esclusiva. A tali clausole si può attribuire un carattere opzionale, ma le parti si devono esprimere in modo chiaro un accordo in tal senso.

Questa conclusione sembra confermata dal comma 3° dell'[art. 4](#) della legge n. 218 (v. *supra*): infatti, se la scelta del foro straniero non avesse un automatico effetto esclusivo, non avrebbe senso prevedere che le corti italiane possano risolvere la controversia se il giudice straniero dismetta la giurisdizione attribuitagli dalla clausola o non sia comunque in grado di decidere la controversia.

3. Accordi asimmetrici di scelta della giurisdizione

Le clausole unilaterali sulla giurisdizione (conosciute anche come “clausole asimmetriche”), come abbiamo visto, permettono ad una parte di scegliere tra più opzioni giurisdizionali, mentre la controparte è vincolata ad agire in un unico foro. Clausole di questo tipo sono ampiamente diffuse e si trovano, di norma, in contratti caratterizzati da poteri negoziali sbilanciati: ad esempio, esse sono considerate di universale utilizzo nei mercati finanziari[40].

Nel diritto italiano, non ci sono disposizioni specifiche a questo riguardo.

Nel contenzioso interno, in relazione alle clausole per la determinazione della competenza territoriale ai sensi dell'[art. 28 c. p. c.](#) (v. *supra*), la Cassazione ha statuito che tali clausole possono essere validamente concordate a favore di entrambe le parti o di una sola di esse. In quest'ultimo caso, la parte “favorita” ha l'opzione di proporre la domanda davanti al foro prescelto oppure a qualsiasi altro ufficio giudiziario competente in base alle norme applicabili; l'altra parte, per contro, è vincolata ad agire nel foro concordato[41].

In questo contesto la Cassazione ha negato che una clausola di scelta del foro competente possa avere una natura “potestativa” che la renda, dunque, invalida. In particolare, per la Corte, una clausola che consente ad una parte di agire in qualsiasi foro competente non implica che quella parte possa scegliere un foro *ad libitum*. L'espressione “ogni altro foro competente”, infatti, deve essere intesa con riferimento alla prerogativa della parte di scegliere uno tra i fori alternativamente competenti in base alle regole sulla competenza territoriale poste dagli art. [18](#), [19](#) e [20](#) c. p. c.[42].

Più di recente, la Cassazione, nell'ordinanza del [21 luglio 2016, n. 15103](#), ha confermato che le clausole asimmetriche

(o sbilanciate) sono, di regola, valide sia quando favoriscono entrambe le parti sia quando possono essere invocate da una parte soltanto. La Corte ha pure affermato che non ci si trovi di fronte ad un abuso del processo quando una parte scelga un foro piuttosto che un altro, qualora tale possibilità di scelta sia stata previamente concordata e accettata dall'altra parte, anche se l'altro foro sia chiaramente più connesso alla controversia, poiché questa è una implicazione naturale di qualsiasi clausola di scelta del foro.

Nello stesso senso la Cassazione si è espressa nella sua ordinanza [n. 4377 del 2017](#), in cui la Corte ha chiarito che le clausole asimmetriche non violano il principio della parità processuale tra le parti. Tale principio, infatti, riguarda i poteri che le parti possono esercitare nel procedimento, mentre una clausola di scelta del foro competente riguarda esclusivamente la localizzazione del giudice competente che può essere rimessa, a certe condizioni, alla decisione delle parti. Nella giurisprudenza italiana, le clausole asimmetriche nell'ambito transnazionale sono molto meno esplorate.

La loro validità, nel contesto della normativa processuale uniforme europea, può essere desunta dalla decisione della Corte di giustizia nel caso [23/78 del 9 novembre 1978, Meeth c. Glacetal](#), nel quale la Corte statui quanto segue:

“A termini dell'art. 17, 1° comma, «qualora con una clausola . . . , le parti . . . abbiano convenuto la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato contraente a conoscere delle controversie presenti o future, nata da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta al giudice o ai giudici di quest'ultimo Stato contraente»; l'interpretazione di questa disposizione, rispetto alla reciproca attribuzione di competenza, quale figura nel contratto, il cui adempimento costituisce oggetto della controversia, dà luogo ad una difficoltà in ragione del fatto che l'art. 17 si riferisce testualmente alla designazione, da parte dei contraenti, di un solo giudice, o di giudici di un solo Stato; questa formulazione, informata alla prassi più corrente nella vita degli affari, non può cionondimeno interpretarsi nel senso ch'essa sia diretta ad escludere la possibilità, per le parti, di designare due o più giudici al fine del regolamento di eventuali controversie; questa interpretazione si giustifica con la considerazione che l'art. 17 si basa sul riconoscimento dell'autonomia della volontà delle parti in materia di attribuzione della competenza ai giudici chiamati a conoscere controversie che rientrano nell'ambito di applicazione della Conven-

[40] Fentiman, *Unilateral jurisdiction agreements in Europe*, in *Cam. law jour.*, 201, p. 24; v. anche Keyes, Marshall, *op. cit.*, p. 346.

[41] Cass., ord., [9 aprile 2008, n. 9314](#); Cass., ord., [25 marzo 2016, n. 6033](#).

[42] Cass., ord., [25 marzo 2016, n. 6033](#).

zione, diverse da quelle che sono espressamente eccettuate in forza dell'art. 17, 2° comma; ciò deve particolarmente valere nel caso in cui, con una clausola del genere, le parti hanno attribuito competenza, reciprocamente, ai giudici designati dalla norma generale di cui all'art. 2 della Convenzione",

Il caso *Meeth* riguardava una clausola di scelta della giurisdizione non unicamente esclusiva e non una clausola asimmetrica. Tuttavia, nella sua motivazione, la Corte adotta una prospettiva più ampia, affermando che il tenore letterale dell'attuale [art. 25 del regolamento n. 1215/2012](#) non può escludere il diritto delle parti di accordarsi a favore di due o più corti. Facendo riferimento a «più di due corti», i giudici del Lussemburgo sembrano prendere in considerazione (e ritenere valide) anche le clausole asimmetriche.

La Cassazione italiana si è occupata di una clausola asimmetrica in ambito transfrontaliero nella sua decisione dell'8 marzo 2012, n. 3624: in quel caso, la clausola attribuiva giurisdizione alle corti inglesi ed era quindi governata dalle disposizioni del regolamento n. 44/2001 (applicabile *ratione temporis*). La decisione della Corte, tuttavia, può essere applicata anche alle clausole asimmetriche a favore dei giudici di uno Stato terzo.

Nella fattispecie, il contratto tra le parti stabiliva che una di esse (GMB) potesse agire solo davanti alle corti inglesi, mentre l'altra (Umbro) potesse agire in qualsiasi altro foro dotato di giurisdizione in base alla normativa applicabile. Senza esitazione, la Cassazione ha considerato valida una simile clausola (anche se non specificava il foro in Inghilterra in cui la domanda dovesse essere proposta): l'[art. 23](#) del re-

golamento n. 44/2001 (in parte quacorrispondente all'[art. 25 del regolamento n. 1215 del 2012](#)), infatti, doveva essere interpretato, per la Corte, nel senso di permettere alle parti proprio di optare per tale soluzione asimmetrica nella loro scelta della giurisdizione[43].

Alle stesse conclusioni è giunta la Corte d'appello di Milano[44], rispetto ad una clausola asimmetrica che specificava che una società italiana era vincolata ad avvalersi della giurisdizione esclusiva delle corti dello Stato di Washington, mentre l'altra parte (Microsoft) era libera di rivolgersi alle corti italiane. In effetti, Microsoft aveva agito proprio in Italia. La Corte Milanese conclude che l'effetto asimmetrico della clausola di giurisdizione dovesse essere confermato, in base alle disposizioni del regolamento n. 44 del 2001, aggiungendo che il convenuto italiano non potesse sollevare obiezioni rispetto al fatto di essere stato evocato in giudizio di fronte al suo giudice naturale e che l'asserita sperequazione tra le parti non fosse riscontrabile nella fattispecie, dal momento che la Microsoft aveva preferito agire in Italia piuttosto che nello Stato di Washington[45].

Per concludere, in base al diritto italiano le clausole asimmetriche di scelta della giurisdizione sono da considerare valide. In particolare, si deve negare che tali clausole impongano un'obbligazione a natura puramente "potestativa" (e dunque nulla ai sensi dell'[art. 1355 c. c.](#)): in effetti, nelle sue decisioni, la Cassazione non ha mai trovato nulla da eccepire rispetto alla possibilità per una delle parti contraenti di scegliere tra varie giurisdizioni, nonostante il fatto che tale scelta dipenda dalla mera volontà di quella parte[46].

[43] Alle stesse conclusioni la Corte giunge nella decisione dell'11 aprile 2012, n. 5705.

[44] 22 settembre 2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 918.

[45] Tale decisione della Corte d'appello di Milano è stata approvata da Cass. [11 novembre 2015, n. 22992](#), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 1088.

[46] Ferrero, *Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali "unilaterali". Recenti sviluppi nel panorama internazionale e spunti di riflessione nel diritto italiano*, in *BusinessJus*, 2014, p. 56, che distingue tra condizione potestativa e diritto potestativo, come quello accordato alla parte più forte da una clausola asimmetrica.

ARBITRATO E CONTRATTI PUBBLICI

La previa e motivata autorizzazione della clausola da parte della Stazione Appaltante nell'arbitrato in materia di contratti pubblici. Problemi di diritto transitorio

di Jacopo Polinari

del 12 febbraio 2019

1.
L'art. 209 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra le altre disposizioni volte a rendere per le stazioni appaltanti più consapevole e ponderato il ricorso all'arbitrato[1], al comma 3 sanziona con la nullità «la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice». La disposizione ripropone chiaramente (con una formulazione assai meno infelice) il medesimo (discutibile) meccanismo introdotto al comma 1 dell'art. 241 del D.Lgs. 6 aprile 2006, n. 163 dal comma 19 dell'art. 1 della L. 6 novembre 2012, n. 190[2], in base al quale è rimessa ad uno speci-

fico momento deliberativo/volitivo della stazione appaltante[3] l'integrazione di un requisito essenziale della clausola compromissoria (intesa dal punto di vista negoziale), da cui ne viene fatta dipendere la validità.

In una prospettiva sistematica la disposizione interviene su due distinti piani: quello del diritto amministrativo e quello contrattuale.

Sotto il primo profilo, la disposizione in parola interviene sulla disciplina del procedimento di affidamento ad evidenza pubblica[4], prescrivendo uno specifico passaggio procedimentale consistente nella specifica autorizzazione (che deve essere espressamente motivata) da parte dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice[5].

Sul piano del diritto contrattuale, invece, la disposizione in-

[1] A proposito dell'analogia disposizione introdotta al comma 1 del D.Lgs. 6 aprile 2006, n. 163 da parte del comma 19 dell'art. 1 della L. 6 novembre 2012, n. 190, Corte Costituzionale, con la decisione 9 giugno 2015, n. 108, in Riv. arb. 2016, p. 69 con nota di Marzocco A.M., precisa che quest'ultima "non esprime un irragionevole sfavore per il ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto"; in dottrina v. Di Carlo M., in Aa.Vv., *Commentario breve alla legislazione degli appalti pubblici e privati*, III^a ed., Padova 2018, sub art. 209, p. 1486.

[2] La richiamata disposizione prevedeva: "l'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli".

[3] Va evidenziato che la disciplina in parola è applicabile alle sole "amministrazioni aggiudicatrici", che, ai sensi della definizione di cui alla lettera a) dell'art. 3 del D.Lgs. 50/2016, sono "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti"; sono, pertanto, esclusi dall'applicazione della disposizione gli enti aggiudicatori, come definiti alla successiva lettera e) della medesima disposizione (ossia, essenzialmente, le imprese pubbliche e i titolari di un diritto speciale ed esclusivo operanti nei settori speciali, salvo, ovviamente, che non siano a loro volta amministrazioni aggiudicatrici).

[4] In termini di "disciplina del procedimento" si esprime Marzocco A.M., *Autorizzazione del "ricorso all'arbitrato" (art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte Costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, 1° co.*, in Riv. arb., 2016, p. 78.

[5] Ossia, deve ritenersi, dalla struttura apicale dell'amministrazione e non dell'articolazione o ufficio che ha la responsabilità dello specifico procedimento di affidamento. Detta disposizione sulla competenza ingenera non pochi dubbi interpretativi, specie con riferimento alle amministrazioni più articolate. Se infatti non

troduce un ulteriore elemento essenziale del contratto, senza il quale questo è affetto da nullità testuale. Pertanto, a rigore, senza specifica, previa e motivata autorizzazione da parte dell'organo competente, la clausola compromissoria non può essere stipulata (*rectius*, inserita nel contratto); d'altro canto, la clausola eventualmente stipulata senza la prescritta previa, specifica e motivata autorizzazione è irrimediabilmente nulla ed improduttiva di effetti[6].

Come in passato, il legislatore non si è preoccupato di contestualizzare e coordinare la disposizione con l'[art. 817 cod. proc. civ.](#), che disciplina l'eccezione di incompetenza degli arbitri. Per quanto detto sopra, la radicale nullità della clausola compromissoria eventualmente stipulata senza la prescritta autorizzazione la rende incapace di produrre effetti, ma non incide sull'arbitrabilità o meno della controversia; pertanto mi sembra più corretta una lettura in ragione della quale a fronte della mancata autorizzazione trovi applicazione quanto disposto dagli artt. [817](#), comma [2](#), e [829](#), comma [1](#), cod. proc. civ.[7].

2.

Occorre chiedersi quale sia la sorte delle clausole eventualmente stipulate in mancanza di autorizzazione precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione[8].

Come noto, nel sistema vigente fino all'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, la disciplina transitoria di cui al [comma 25 dell'art. 1 della L. 190/2012](#) prevedeva espressamente – per le clausole compromissorie stipulate preceden-

temente all'entrata in vigore della legge stessa – che potesse prescindere dalla previa e motivata autorizzazione solo per gli arbitrati “conferiti o autorizzati” prima dell'entrata in vigore della precedente normativa ([art. 241 D.Lgs. 163/2006](#), come modificato dall'[art. 1](#), commi [19](#) e [25](#) della L. 190/2012).

Ora, al di là della difficoltà di comprendere esattamente cosa dovesse intendersi per “conferiti o autorizzati”, la giurisprudenza riteneva che la clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore della [L. n. 190 del 2012](#), “pur restando valida, è colpita da inefficacia sopravvenuta per mancanza della previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della P.A., introdotta dall'[art. 1, comma 19, della predetta legge](#), la quale tuttavia non esclude la possibilità del ricorso all'arbitrato, ove la predetta autorizzazione – comunque non desumibile da atti o comportamenti concludenti di organi o soggetti diversi, inidonei, in quanto tali, ad esprimere le ragioni della scelta di derogare alla giurisdizione ordinaria – intervenga successivamente”[9].

Non restava, quindi, per salvare dalla nullità clausole nate perfettamente valide ed efficaci, che ottenere da parte della stazione appaltante una (sia pur tardiva) motivata autorizzazione “*salva-clausola*” prima di attivare l'arbitrato (o magari anche subito dopo l'attivazione, fino alla rimessione in decisione).

La disciplina transitoria che accompagna l'[art. 209 del nuovo codice degli appalti](#) – dettata al [comma 22 dell'art. 216](#)

vi può essere dubbio che la competenza interna al rilascio dell'autorizzazione spetti, nei comuni alla giunta o al sindaco (a seconda dell'ordinamento statutario), più complessa è l'individuazione della competenza interna, ad esempio, per gli appalti gestiti dai compartimenti regionali di ANAS o del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Aderendo ad una lettura rigorosa della disposizione sembrerebbe che la competenza dell'autorizzazione all'introduzione della clausola compromissoria spetti al Consiglio di Amministrazione di ANAS, ovvero al Ministro.

Allo stesso modo, mi pare che l'attuale formulazione della disposizione non consenta più di ritenere che l'autorizzazione condizioni l'arbitrabilità delle controversie in materia di contratti pubblici (v. in tal senso, con riferimento all'[art. 241 del D.Lgs. 163/2006](#), Odorisio E., *Arbitrato, decreto crescita e anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 948; Lombardini I., *Arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in Aa. Vv., *Arbitrati speciali*, Bologna, 2016, p. 359 s.). E infatti, mentre la previsione dell'[art. 241](#) legittimava una lettura in tal senso («le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione di contratti di lavori, servizi e forniture ... possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione») il [comma 3 dell'art. 209](#) del nuovo codice si limita a sanzionare con la nullità la clausola stipulata in mancanza di autorizzazione, senza fare alcun riferimento alla possibilità o meno di deferire la controversia ad arbitri.

[6] A fronte della (pur infelice e mal collocata sistematicamente) formulazione letterale della disposizione, non mi sembra di condividere appieno il pur pregevole ragionamento di parte della dottrina, secondo cui l'autorizzazione (*rectius*: la mancata autorizzazione) si atterrebbe a condizione risolutiva della clausola (Marzocco A.M., *cit.*, 74 ss). E infatti, laddove una disposizione avverte chiaramente che un negozio è nullo (ossia invalido e improduttivo di effetti di sorta) in mancanza di uno specifico requisito, mi non mi pare che possa argomentarsene l'efficacia (sia pur risolutivamente condizionata dalla mancata autorizzazione). E ciò anche se il contesto letterale del contesto normativo (allora vigente) poteva effettivamente consigliarlo.

[7] In merito v. anche Odorisio, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 210 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, in *Riv. dir. proc.* 2016, p. 1610.

[8] Non essendovi dubbi circa la piena validità delle clausole autorizzate sotto il precedente sistema, vista la formulazione sul punto identica della precedente disposizione con l'attuale.

[9] V. Cassazione civ. sez. VI, [6 dicembre 2017, n. 29255](#)

(come integrato [D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 57](#)) – ha una formulazione completamente diversa da quella di cui al [comma 25 della L. 190/2012](#), prevedendo che “le procedure di arbitrato di cui all’[articolo 209](#) si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall’esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo [articolo 209, comma 1](#), per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice”.

Ora, la nuova disposizione, diversamente dalla formulazione della previgente disciplina transitoria che accompagnò le modifiche apportate dalla [L. 190/2012](#), non sembra legittimare l’applicazione *tout court* delle nuove disposizioni anche alle clausole compromissorie stipulate in precedenza.

Poiché fa riferimento alle “procedure di arbitrato”, la formulazione di cui al [comma 22 dell’art. 216](#), come integrata dal correttivo, sembrerebbe viceversa legittimare a ritenere che solo le disposizioni aventi natura processuale (ad es. quelle sulla nomina degli arbitri, sulle incompatibilità, sui termini e sulla pronuncia del lodo) trovino immediata applicazione anche se contenute in contratti i cui bandi erano stati pubblicati prima dell’entrata in vigore del nuovo codice.

Viceversa, le disposizioni che – come quella in esame – disciplinano a) il procedimento di affidamento e b) la validità delle clausole compromissorie hanno natura al contempo procedimentale e negoziale.

In detto contesto va altresì considerato che l’[art. 217](#) del nuovo codice ha espressamente abrogato i commi da [19](#) a [25](#) dell’[art. 1](#) della [L. 190/2012](#), determinando il venir meno proprio di quelle disposizioni che – intervenendo sul testo

dell’[art. 241](#), avevano imposto la necessità dell’autorizzazione. Pertanto “a seguito della suddetta abrogazione, la mancanza della previa autorizzazione motivata da parte dell’organo di governo dell’amministrazione non inficia più l’efficacia e la validità della clausola compromissoria, che ritorna ad essere nuovamente efficace e, in quanto tale, pienamente vincolante per le parti”^[10].

Pertanto, complice il fatto che l’abrogazione dei commi da [19](#) a [25](#) dell’[art. 1](#) della [L. 190/2012](#) ha determinato il venir meno delle disposizioni che, per il passato, imponevano agli organi di governo delle stazioni appaltanti di autorizzare l’introduzione delle clausole compromissorie e che delle disposizioni dell’[art. 209 del nuovo codice degli appalti](#) trovano immediata applicazione solo quelle aventi natura processuale, è lecito sostenere che tornino ad essere valide sia le clausole non espressamente autorizzate stipulate precedentemente all’entrata in vigore della [L. 190/2012](#), che quelle stipulate successivamente.

E infatti, per quanto riguarda le clausole stipulate precedentemente all’introduzione delle modifiche introdotte all’[art. 241 del D.Lgs. 163/2006](#) queste, validamente sorte all’atto della loro stipula, tornano ad essere pienamente valide ed efficaci perché della nuova disciplina si applicano solo le disposizioni aventi natura processuale.

Le clausole stipulate successivamente, in un contesto nel quale la mancanza dell’autorizzazione determinava l’inarbitrabilità stessa della materia^[11], divengono invece per la prima volta valide ed efficaci in quanto sono venute meno le disposizioni che *ratione temporis*, ne determinavano l’invalidità^[12].

[10] In tal senso, sembrerebbe, v. Tribunale di Roma, Sez. XVII, sentenza [28 febbraio 2018](#), ined.

[11] Lombardini I., *op. cit.*, 359; Odorisio E., *op. cit.*, 943.

[12] In tal senso parrebbe interpretabile, alla luce degli atti di causa, quanto deciso in Tribunale di Roma, Sez. XVII, sentenza [28 febbraio 2018](#), ined.

MEDIAZIONE

Oscillazioni sulla partecipazione delle parti al procedimento di mediazione

di Francesca Cuomo Ulloa

DEL 13 FEBBRAIO 2019

Sommario

1. I casi
2. Le questioni
3. Le possibili soluzioni
4. Alcune proposte

1. I casi

Quattro sentenze recenti e quattro soluzioni diverse su un'unica questione che da tempo alimenta il dibattito e divide giudici e mediatori chiamati ad interpretare ed applicare il [d. lgs. 28/2010](#)^[1]. Il tema è quello delle modalità della *regolar-partecipazione* al primo incontro di mediazione che viene declinato in termini diversi nelle diverse fattispecie decise rispettivamente dal Tribunale di Vasto, dal Tribunale di Roma, da quello di Savona e da quello di Verona^[2].

Con la sentenza del [19 ottobre 2018 il Tribunale di Savona](#) si pronuncia all'esito di un procedimento di impugnazione di una delibera assembleare nel corso del quale l'attore, a seguito del rilievo del mancato esperimento del tentativo di mediazione ai sensi dell'[art. 5, comma 1 bis, del d.](#)

[lgs. 28/2010](#) aveva tempestivamente depositato la domanda di mediazione, senza tuttavia comparire all'incontro dinanzi al mediatore; proseguito il giudizio, il convenuto che aveva invece regolarmente partecipato all'incontro, eccepiva l'improcedibilità della domanda per non aver l'attore compiutamente soddisfatto la condizione di procedibilità, ma l'eccezione veniva rigettata, in quanto ad avviso del giudice ligure "l'unico adempimento richiesto ai fini della procedibilità della domanda è il deposito della domanda di mediazione presso l'organismo"; mentre la conseguenza della mancata partecipazione all'incontro, anche da parte dell'istante, non dovrebbe essere individuata nella improcedibilità, ma nella sanzione pecuniaria prevista dal [comma 4 bis dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010](#), applicando la quale l'attore, soccomben-

[1] La questione è stata affrontata a più riprese dalla giurisprudenza a partire dalla pronuncia del Tribunale di Firenze del [19 marzo 2014](#) in *Giur. it.*, 2015, 641, con nota adesiva di Benigni e del 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558, con nota critica di Raiti e da quella di Roma del 19 febbraio 2015, in [www.101mediatori.it](#) (ove anche numerose altre pronunce in tal senso) e di Vasto, [23 giugno 2015](#), in [www.ilcaso.it](#); anche la dottrina ha avuto modo di esaminare la questione, prendendo posizione per lo più critica rispetto alle soluzioni accolte dalla giurisprudenza più rigorosa; per una ricognizione della questione v. M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2016, p. 13, 29ss.; Ferraris, in *Contratti*, 2015, p. 692; Sandulli, *In tema di mediazione delegata dal giudice*, in *Nuova proc. civ.*, 2015, fasc. 2; Raiti, *Primo incontro di mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, p. 570.

[2] Più specificamente nella nota in esame si considereranno solo le pronunce che hanno affrontato la questione della partecipazione personale delle parti all'incontro di mediazione; altrettanto controversa è peraltro la questione relativa alla prosecuzione della mediazione dopo detto primo incontro; potendosi individuare anche a questo riguardo una contrapposizione tra una parte della giurisprudenza (v. tra le altre: Trib. Firenze, cit.; Trib. Pavia, [17 giugno 2015](#), in [www.101mediatori.it](#); nonché *ivi* Trib. Milano, [7 maggio 2015](#)) secondo cui la condizione di procedibilità non potrebbe considerarsi assolta qualora le parti si limitino a comparire al primo incontro per manifestare il loro disinteresse al procedimento (mentre lo sarebbe qualora nell'incontro emergano circostanze oggettive che rendano impossibile tale prosecuzione) e la prevalente dottrina che – al pari di altra parte della giurisprudenza – sostiene invece che le parti ben potrebbero all'esito del primo incontro manifestare il loro semplice dissenso rispetto alla prosecuzione della mediazione (anche se teoricamente possibile), senza che ciò rilevi ai fini della improcedibilità: v. per una sintesi al riguardo ancora M.A. Lupoi, *op. cit.*, p. 23 ss.

te nel merito, veniva infatti condannato a versare al Bilancio dello Stato una somma pari al contributo unificato dovuto per quel giudizio.

Nel caso deciso dal Tribunale di Vasto con la sentenza del [17 dicembre 2018](#) invece, il giudice dopo aver convertito il rito ai sensi dell'[art. 667 c.p.c.](#) a seguito di intimazione di sfratto per morosità e successiva opposizione del conduttore, aveva assegnato alle parti il termine di 15 giorni per promuovere la mediazione che era stata tempestivamente avviata dal locatore[3]; al primo incontro, tuttavia, questi non era intervenuto personalmente, ma aveva delegato il proprio avvocato conferendogli *con procura speciale notarile* il potere di transigere e conciliare[4]; in forza di detta procura l'avvocato aveva quindi partecipato anche ai successivi incontri di mediazione, senza che però – all'esito del procedimento – venisse raggiunto alcun accordo. Alla prima udienza dinanzi al giudice, il convenuto eccepeva quindi l'improcedibilità della domanda per non aver la controparte partecipato personalmente alla mediazione ed in questo caso l'eccezione veniva accolta dal giudice che dichiarava improcedibile la domanda di sfratto[5]. Il Tribunale di Vasto ribadiva, infatti, anche con riferimento al caso in esame, nel quale la mediazione era proseguita oltre il primo incontro, il proprio rigoroso orientamento circa la partecipazione personale delle parti, precisando che ai fini del corretto esperimento del procedimento di media-

zione è necessario che le parti siano presenti personalmente *a tutti gli incontri programmati dal mediatore* e che siano altresì assistite dai rispettivi avvocati i quali non possono invece legittimamente sostituirle né rappresentarle, *nemmeno se muniti di procura notarile*. Nella fattispecie peraltro, il Tribunale sottolinea altresì come la partecipazione personale dell'istante fosse stata a più riprese sollecitata dal mediatore, senza che tuttavia l'istante si determinasse a partecipare compromettendo in tal modo *“le positive chances di raggiungimento di un accordo amichevole, sicuramente favorite anche da un contegno collaborativo della controparte”*. Parzialmente diversa la fattispecie decisa dal Tribunale di Roma con la sentenza del [20 dicembre 2018](#): anche in quel caso la parte non aveva partecipato personalmente al procedimento di mediazione (che riguardava una controversia in materia condominiale avviata in pendenza di un giudizio tra condomini), ma si era fatta sostituire dal proprio avvocato munito di procura alle liti con potere di transigere e conciliare[6]; in forza di detta procura l'avvocato aveva quindi partecipato agli incontri di mediazione, sottoscrivendo infine un accordo di conciliazione in nome e per conto della parte. Quest'ultima, presumibilmente insoddisfatta della soluzione raggiunta dall'avvocato, agiva in giudizio contestando la sussistenza del potere di rappresentanza e chiedendo che venisse accertata e dichiarata l'invalidità e l'inefficacia del-

[3] In questa sede può essere utile accennare brevemente anche alla questione che pure divide la giurisprudenza circa la natura del termine di 15 giorni previsto dall'art. 5, comma 1 *bis*. In alcuni provvedimenti il termine viene, infatti, qualificato come perentorio con la conseguenza per cui la sua violazione determinerebbe l'improcedibilità della domanda, quand'anche la mediazione fosse stata avviata successivamente (v. da ultimo Giudice di Pace di Nocera Inferiore, sentenza del 22 gennaio 2018, in [101mediatori.it](#); v. anche Trib. Lecce, [3 marzo 2017](#); Trib. Cagliari, 8 febbraio 2017; Trib. Firenze, [14 settembre 2016](#); Trib. Reggio Emilia, [14 luglio 2016](#); Trib. Bologna, 15 marzo 2015); di contrario avviso altra parte della giurisprudenza che, in difetto di specifica indicazione, ritiene che il termine sia ordinatorio (salvo poi in alcuni casi ritenere comunque improcedibile la domanda, in difetto di tempestiva richiesta di proroga: v. Trib. Milano, 27 settembre 2016; Trib. Pavia, 14 ottobre 2015); da ultimo nel senso che non si tratti di un termine processuale, potendo la sua violazione comportare l'improcedibilità della domanda solo nel caso in cui il ritardo nel deposito della domanda abbia di fatto impedito l'esperimento della mediazione v. Roma, 14 luglio 2016, n. 14185; Trib. Trapani, 6 febbraio 2018.

[4] Soluzione ancora diversa quella accolta dal Tribunale di Velletri, 22 maggio 2018, in [www.101mediatori.it](#) secondo cui al fine di soddisfare la condizione di procedibilità sarebbe necessario e sufficiente che il rappresentante (in ipotesi anche l'avvocato) sia munito di *procura notarile* conferita per ragioni di oggettiva impossibilità a presenziare all'incontro, dovendo il mediatore menzionarla nel processo verbale dell'incontro come fonte dei poteri di rappresentanza sostanziale.

[5] Nella sentenza non viene approfondita la questione relativa al rapporto tra il procedimento di convalida e la mediazione: nella fattispecie, il Tribunale di Vasto infatti, sul *discutibile* presupposto del mancato soddisfacimento della condizione di procedibilità ha dichiarato improcedibile la domanda del locatore, dopo che l'istanza di convalida era stata rigettata alla prima udienza, in considerazione dell'opposizione proposta dal conduttore; interessante è peraltro sulla questione la recente pronuncia del Tribunale di Alessandria 19 gennaio 2018, in [www.101mediatori.it](#) che, sempre con riferimento ad un procedimento di convalida di sfratto ha precisato che l'onere di avviare il tentativo di mediazione a seguito della convalida e della conversione del rito grava su *entrambe* le parti, le quali vanno però incontro a conseguenze diverse in caso di inerzia: la condizione di procedibilità della domanda di cui al [d. lgs. 28/2010](#) dovrebbe, infatti correttamente intendersi con riferimento rispettivamente alla domanda di accertamento negativo del diritto al rilascio proposta dall'intimato-opponente; e alle ulteriori domande (diverse da quella originaria di condanna al rilascio) proposte dal locatore e/o dall'intimato (essenzialmente il pagamento somme): solo quelle domande resterebbero travolte dalla pronuncia di improcedibilità che conseguirebbe al mancato tempestivo esperimento della mediazione; al contrario, l'ordinanza di rilascio, non impugnabile e idonea alla stabilizzazione, non risulterebbe intaccata dalla pronuncia di improcedibilità e conserverebbe dunque i suoi effetti esecutivi anche a seguito della chiusura in rito del procedimento di opposizione.

[6] Sottolinea peraltro il Tribunale come nella fattispecie la parte avesse altresì sottoscritto la domanda di mediazione in tal modo dimostrando di essere a conoscenza della necessità di esperire il procedimento ed al contempo conferendo all'avvocato il mandato a rappresentarla nella procedura.

la conciliazione. Chiamato a decidere sulla validità dell'accordo di mediazione il Tribunale di Roma compie un lungo *excursus* sulla questione della partecipazione personale delle parti, condividendo lo stesso principio accolto dal Tribunale di Vasto[7] per cui «*la parte, persona fisica, deve partecipare personalmente, assistita da un difensore*» al procedimento di mediazione; a questo riguardo, il Tribunale precisa anzi ulteriormente che la parte potrebbe farsi rappresentare solo *in casi eccezionali* e se sussistesse una ragione oggettiva che le impedisca di partecipare personalmente[8], fermo restando che anche in queste ipotesi eccezionali il rappresentante, necessariamente munito del potere di rappresentanza conferito con espresso riferimento alla mediazione, *non potrebbe essere l'avvocato* che, nella mediazione, svolge un ruolo diverso ed incompatibile con quello della parte.

Fatte queste premesse il Giudice Romano prosegue tuttavia chiarendo che questi principi rilevano solo ai fini della valutazione della regolarità dello svolgimento della mediazione e della conseguente procedibilità della domanda[9], mentre non hanno alcuna incidenza sul *diverso piano giuridico* della validità dell'accordo eventualmente sottoscritto dall'avvocato che abbia *irritualmente* sostituito la parte; la validità e l'efficacia di quell'accordo di conciliazione devono, infatti, essere valutate in base ai principi e alle regole sostanziali dettate dal codice civile e dunque sulla base di una verifica

della sussistenza di una valida procura (che potrebbe anche non essere autenticata, come non lo era nella fattispecie nella quale la parte oltre alla procura alle liti con potere di transigere e conciliare, aveva sottoscritto la domanda di mediazione che pure *delegava* l'avvocato con riferimento al procedimento di mediazione), dovendosi ritenere “*privo di fondamento giuridico l'eventuale assunto che l'irritualità del procedimento di mediazione ... possa produrre l'invalidità dell'accordo*”[10].

2. Le questioni

Diverse sono le ragioni che portano a non condividere a pieno le tre diverse soluzioni sopra esaminate: quella accolta dal Tribunale di Savona infatti, non pare coerente con il dettato normativo ed in particolare con quanto dispone l'[art. 5, comma 2 bis del d. lgs. 28/2010](#) a norma del quale quando l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda la condizione “*si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*”[11], con ciò *esplicitamente* richiedendo che l'incontro dinanzi al mediatore si svolga e *implicitamente* che l'istante compia tutto quanto necessario affinché l'incontro possa avvenire. La questione in effetti è stata affrontata e diversamente valutata dal giudice savonese, secondo cui quella norma si riferirebbe solo ad una modalità di svolgimento

[7] Nella motivazione vengono citate come espressione di un orientamento che sarebbe ad avviso del Tribunale “maggioritario”, le decisioni assunte da Trib. Firenze 26 novembre 2014, cit.; Trib. Firenze, [19 marzo 2014](#), cit.; Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, 639; Trib. Vasto 9 marzo 2015, in *Giur. it.*, 2015, 1885, con nota di Mottironi; Trib. Roma 19 febbraio 2015 e Trib. Roma 14 dicembre 2015, entrambe in [www.ilcaso.it](#); Trib. Bologna 11 novembre 2014, Trib. Bologna ord. 5 giugno 2014, entrambe in [www.adrintesa.it](#)).

[8] Secondo il Tribunale una siffatta limitazione al potere generale di farsi rappresentare nella procedura deriverebbe dalla peculiarità della mediazione che “*per le valutazioni ... del tutto discrezionali e non facilmente preventivabili a monte ... che il soggetto presente si trova ad assumere nel corso degli incontri di mediazione nonché in considerazione del fatto che “solo la parte conosce realmente e profondamente quali sono i suoi interessi” e dei rischi di successivo disconoscimento dell'accordo – rende assai problematica la possibilità di ammettere in via generale la rappresentanza della persona fisica in mediazione.*

[9] Precisa al riguardo il Tribunale come una questione di improcedibilità possa porsi solo con riferimento alla irregolare partecipazione della parte attrice, mentre laddove sia il convenuto a non partecipare personalmente la conseguenza sarebbe quella sanzionatoria dettata dall'[art. 8, comma 4 bis](#) (cui potrebbe aggiungersi quella ulteriore prevista dall'[art. 96, comma 3 c.p.c.](#)).

[10] Il Tribunale di Roma non esamina la questione e tuttavia mi pare che, seguendo il ragionamento svolto nella motivazione, l'eventuale irregolarità del procedimento potrebbe invece incidere sulla idoneità del verbale di conciliazione a spiegare piena efficacia esecutiva ai sensi dell'[art. 12, d. lgs. 28/2010](#).

[11] L'[art. 5, comma 2 bis](#) non è in effetti una norma cristallina, in particolare laddove, in apparente contraddizione con il dettato dell'[art. 8](#), menziona il “*mancato accordo*” come esito del primo incontro che dovrebbe invece essere destinato alla sola verifica della possibilità di proseguire la mediazione. Ritengo tuttavia che la norma possa leggersi come comprensiva tanto dell'ipotesi in cui nel primo incontro non sia stato raggiunto l'accordo sulla possibilità di proseguire la mediazione (essendo a tal fine sufficiente il diniego di una delle due parti), quanto ed a maggior ragione quella in cui nel primo incontro le parti siano entrate nel merito della lite ma non abbiano poi trovato accordo (nel qual caso però le indennità di mediazione sarebbero dovute). Occorre inoltre ricordare che, nel vigore del testo originario del [d. lgs. 28/2010](#) (che non prevedeva il primo incontro), il Ministero con il [d.m. 145/2011](#) aveva specificato che nei casi di cui all'[art. 5, comma 1](#) il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata e che in questi casi la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento (utile ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità) solo all'esito del verbale di mancata partecipazione formato dal mediatore. La norma, benché faccia riferimento all'[art. 5, comma 1](#) (cancellato dalla sentenza della Corte Costituzionale e ora sostituita dal comma 1 bis), parrebbe tuttora in vigore, precludendo agli organismi la possibilità di rilasciare attestati di conclusione del procedimento prima dell'incontro tra il mediatore e la parte istante, che dovrà dunque necessariamente essere presente anche in caso di diserzione del convenuto.

del procedimento, ben potendo l'istante manifestare il proprio disinteresse alla mediazione anche disertando il primo incontro. Non solo tuttavia questa possibilità non è contemplata dalla norma, ma nemmeno si potrebbe al riguardo invocare quanto previsto dall'[art. 8, comma 4bis](#): quest'ultima norma, infatti, punisce la mancata partecipazione al procedimento (anche sul piano *processuale* consentendo al giudice di desumerne argomenti di prova), ma nulla dice in ordine alla questione del soddisfacimento della condizione di procedibilità la cui disciplina risulta contenuta, dopo la riforma del 2013, appunto nel sopra citato [comma 2bis](#) dell'[art. 5](#). Non ritengo d'altra parte che subordinare il soddisfacimento della condizione di procedibilità alla partecipazione al primo incontro possa risultare – come invece prospetta il Tribunale savonese – in contrasto con l'[art. 24 della Costituzione](#) ed in particolare con i principi che la Corte Costituzionale ha elaborato con riferimento alla cosiddetta *giurisdizione condizionata*: i tempi ed i costi del primo incontro cui la parte sarebbe tenuta a partecipare risultano, infatti, adeguatamente contenuti e comunque *ragionevolmente proporzionati* rispetto all'obiettivo perseguito dalla disciplina in esame che, attraverso la partecipazione *almeno* al primo incontro, intende consentire alle parti, con l'aiuto del mediatore e l'assistenza dei rispettivi avvocati, di compiere una valutazione informata e consapevole circa la possibilità di risolvere la loro controversia in mediazione. Il fatto poi che la conseguenza della mancata partecipazione sia diversa per l'istante (che andrebbe incontro all'improcedibilità della sua domanda) e per il convenuto cui si applicherebbe invece suscettibile la sanzione sopra ricordata non mi pare fonte di alcuna *irragionevole* disparità di trattamento, posto che la condizione di procedibilità non potrebbe essere subordinata alla cooperazione del convenuto per ottenere la quale è invece più opportuno introdurre misure di tipo *coercitivo* che rendano la *diserzione* meno conveniente della *cooperazione*.

Tanto chiarito, nemmeno le soluzioni – sostanzialmente opposte, se non altro in termini di rigore – cui sono pervenuti i Tribunali di Vasto e di Roma risultano pienamente convincenti: anche in questi casi mi pare infatti, che le conclusioni non trovino pieno supporto nel dato normativo offerto dal [d. lgs. 28/2010](#). Estranea a quel dato normativo mi pare innanzitutto la pretesa di individuare in capo alle parti un obbligo di collaborazione per il raggiungimento dell'accordo, per poi far discendere dalla sua violazione l'improcedibilità della domanda, come invece parrebbe ritenere il Tribunale di Vasto quando afferma che “*il contegno assunto dalla parte istante (che non è mai comparsa) e dal suo avvocato è stato pervicacemente ostile alla possibilità... di coltivare proficue occasioni di confronto e di dialogo tra i litiganti ed il media-*

tore” per poi concludere che” *a causa di tale comportamento, palesemente contrastante con lo spirito della mediazione e arroccato su posizioni di formalistico rispetto della normativa, la parte istante ha impedito il corretto svolgimento della procedura di mediazione*”.

Allo stesso modo non mi pare pienamente condivisibile la pretesa di far discendere l'improcedibilità da un supposto obbligo di partecipazione personale agli incontri di mediazione. La norma contenuta nell'[art. 8](#) (in forza del quale “*al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato*”) è, infatti, una norma di garanzia che – in coerenza con gli obiettivi perseguiti dalla riforma del 2013 – vuole che la parte sia sempre assistita dall'avvocato onde evitare che possa inconsapevolmente subire pregiudizi per effetto della partecipazione alla mediazione; mentre nessuna previsione all'interno di quella norma o di altre contenute nel decreto legislativo 28 introduce limiti alla facoltà della parte di farsi rappresentare nell'esercizio dei propri poteri negoziali. Anche il tentativo di desumere l'esistenza di simili limitazioni dai *principi* che governano la mediazione (e così in particolare dalla opportunità che in quel procedimento si instauri un contatto immediato tra parti e mediatore o dalla considerazione della natura *personalissima* dell'attività che si svolge in mediazione) non appare d'altronde convincente: per quanto animata dall'apprezzabile obiettivo di favorire il coinvolgimento delle parti e l'effettività della mediazione, questa operazione interpretativa rischia, infatti, nella sua rigidità di contraddire quelle finalità, riducendo gli spazi di autonomia e volontarietà che la stessa mediazione dovrebbe invece promuovere e garantire. Il fatto stesso poi che l'avvocato, al pari di qualunque terzo possa, se munito di procura sostanziale, validamente sottoscrivere l'accordo (come lo stesso Tribunale di Roma riconosce, quando rigetta la domanda della *rappresentata* e come non sembra possibile negare in forza dei principi generali in materia di contratti) conferma la piena *funzionalità* del procedimento di mediazione che si svolga alla presenza del solo rappresentante. Da un punto di vista *funzionale*, anzi, si può ancora osservare come nella pratica non siano rare le situazioni nelle quali è addirittura opportuno che al tavolo della mediazione non siedano le parti, ma altri soggetti capaci di negoziare i loro interessi in modo più efficace e razionale; ben potendo il mediatore sempre sollecitare la partecipazione personale della parte o comunque articolare il procedimento in modo da consentire al rappresentante ed al rappresentato di concordare le loro strategie negoziali alla luce dell'evolversi della mediazione. Infine, ed avuto riguardo al rischio, pure paventato dal Tribunale di Roma, che questa modalità generi contestazioni successi-

ve ad opera del *rappresentato* (che potrebbe rinnegare l'operato del proprio rappresentante) ritengo che si tratti di un rischio "accettabile" all'interno di un ordinamento che, anche in forza del principio di buona fede, appresta opportuni rimedi *negoziali*, riservando al mediatore, alle parti e agli avvocati ogni valutazione in merito alla opportunità di avvalersene nel contesto della mediazione.

3. Le possibili soluzioni

Tenuto conto di quanto sopra mi pare dunque preferibile la *quarta* ed ulteriore soluzione accolta in una pronuncia di poco precedente rispetto a quelle esaminate, dal Tribunale di Verona^[12]; anche in quel caso la parte non aveva partecipato personalmente al procedimento di mediazione, ma aveva conferito una procura alle liti al proprio avvocato; quest'ultimo non aveva a sua volta presenziato al procedimento, delegando a partecipare al primo incontro (che si era concluso negativamente), un altro avvocato. Nel giudizio promosso a seguito del fallimento della mediazione anche il giudice di Verona affronta dunque la questione relativa del soddisfacimento della condizione di procedibilità, formulando considerazioni ancora diverse rispetto a quelle svolte dal Tribunale di Vasto e di Roma, ma anche da quelle adottate dal Tribunale di Savona: secondo il Tribunale scaligero, infatti, le parti devono essere presenti al primo incontro affinché la condizione di procedibilità possa considerarsi soddisfatta (o meglio, deve essere presente la parte istante, mentre l'assenza del convenuto non inciderebbe sulla procedibilità, ma sarebbe passibile di sanzione ai sensi dell'[art. 8, comma 4bis](#)); poiché però nessuna disposizione di legge introduce *chiaramente e univocamente una deroga alla generale possibilità, in materia di diritti disponibili, di conferire mandato con rappresentanza ad altro soggetto*, le parti ben potrebbero farsi rappresentare da un terzo e così anche dal proprio avvocato che potrebbe validamente sostituire la parte nella mediazione e concludere accordi in nome e per conto della stessa. Sulla scorta di queste condivisibili premesse il Tri-

bunale accoglie comunque anche in questo caso l'eccezione di *improcedibilità*: come opportunamente precisato nella motivazione, infatti, affinché il rappresentante (e così anche l'avvocato) possa validamente sostituire la parte agli incontri di mediazione è pur sempre necessario il *preventivo conferimento di una procura sostanziale*^[13] che gli attribuisca il potere di transigere e conciliare, mentre la condizione non potrebbe ritenersi soddisfatta ove al procedimento abbia partecipato un soggetto privo di poteri quale, nella fattispecie, doveva considerarsi il delegato dell'avvocato a sua volta munito di sola procura alle liti.

4. Alcune proposte

Al di là delle diverse soluzioni e delle considerazioni, più o meno condivisibili, ad esse sottostanti è comunque evidente che le oscillazioni giurisprudenziali nell'interpretazione ed applicazione delle regole di partecipazione al procedimento di mediazione costituiscono di per sé un disvalore, generando incertezze con riferimento tanto alla *procedibilità della domanda* quanto alla regolarità del procedimento e alla efficacia degli accordi eventualmente raggiunti. Tali incertezze complicano, a loro volta, la gestione del procedimento da parte del mediatore, minando la fiducia delle parti nell'istituto e nella sua effettività in palese contraddizione con la natura informale che esso dovrebbe assumere. Particolarmente opportuno risulterebbe pertanto, ove prima non intervenga la S.C. in funzione nomofilattica^[14], un intervento correttivo del legislatore che – come proponeva di fare la Commissione Alpa nel progetto di riforma elaborato nella scorsa legislatura – chiarisse in modo univoco la questione, contemperando le esigenze di effettività del primo incontro con il rispetto dei principi di autonomia negoziale e volontarietà della mediazione.

Chiarita la necessità, ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità, che la parte istante sia presente al primo incontro (e ribadita altresì l'obbligatorietà della partecipazione del convenuto la cui assenza potrebbe anzi essere

[12] Si tratta dell'ordinanza del Trib. Verona [11 maggio 2017 n. 1626](#), in [www.altalex.com](#)

[13] Non mi pare invece convincente la soluzione (che sarebbe la *quinta*...rispetto alla medesima questione) accolta da quella parte della giurisprudenza (v. Trib. Velletri, cit.) secondo cui affinché la condizione possa considerarsi soddisfatta il rappresentante dovrebbe essere munito procura notarile: mi pare, infatti, che una volta ammessa la possibilità che la parte si faccia rappresentare all'incontro e richiamato il principio generale dettato dall'[art. 1392, c.c.](#) ben potrebbe riconoscersi la validità di una *semplice* procura scritta in forza della quale il rappresentante potrebbe a sua volta sottoscrivere il verbale che non è un contratto e non è in ogni caso un atto pubblico o una scrittura privata; fermo restando che la procura notarile sarebbe necessaria nel caso in cui all'esito della mediazione venisse raggiunto un accordo e questo, per la natura dei diritti, dovesse essere redatto in forma solenne.

[14] Va detto peraltro che anche l'intervento della S.C. potrebbe non essere risolutivo, come dimostra la tormentata vicenda della mediazione nel procedimento monitorio, dove nonostante la chiara presa di posizione della Cassazione nella sentenza [n. 24629/2015](#) taluni uffici giudiziari hanno ancora di recente affermato che l'onere di promuovere la mediazione grava sull'opposto.

punita con una sanzione più severa rispetto a quella attualmente prevista^[15]^[16], si potrebbe riprodurre anche per la mediazione la disciplina già prevista per il tentativo di conciliazione giudiziale, ammettendo la possibilità per le parti di farsi rappresentare, ma richiedendo che il rappresentante – oltre ad essere munito dei poteri di transigere e conciliare – sia altresì a conoscenza (*diretta*) dei fatti controversi, essendo tale conoscenza indispensabile al fine di valutare le opportunità di prosecuzione della mediazione^[17]. Il potere del mediatore di sollecitare la partecipazione personale della parte, d'altronde, potrebbe rilevare nell'ambito della valutazione complessiva del comportamento della parte il cui rifiuto ingiustificato di rispondere alle sollecitazioni del mediatore e di partecipare personalmente al primo così come agli incontri successivi (lungi dal rilevare ai fini della

procedibilità) potrebbe essere valutato ai fini della decisione sulle spese nel successivo giudizio. Un simile intervento correttivo potrebbe d'altronde essere l'occasione per chiarire, una volta per tutte, anche le modalità di svolgimento del primo incontro e le conseguenze della mancata prosecuzione del procedimento^[18], valorizzando anche a questo riguardo i principi di volontarietà e responsabilità delle parti: la *scelta* di non proseguire nella mediazione (al pari di quella di non comparire personalmente) non dovrebbe, infatti, a mio avviso rilevare ai fini della procedibilità della domanda, mentre potrebbe essere opportunamente valorizzata nella prospettiva della buona fede (extra)processuale^[19], ammettendo quanto meno la possibilità che il rifiuto ingiustificato di proseguire possa essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese.

^[15] In effetti il legislatore, evidentemente consapevole della inadeguatezza della sanzione pecuniaria prevista dall'[art. 8, comma 4bis](#) (peraltro applicabile solo alla parte costituita, mentre il contumace, per ragioni che non paiono comprensibili, non potrebbe subire alcuna conseguenza), ha introdotto una sanzione assai più rigorosa nella nuova disciplina della consulenza tecnica preventiva obbligatoria prevista, in alternativa alla mediazione, come condizione di procedibilità delle domande di risarcimento danni da responsabilità sanitaria, dall'[art. 8 della l. 24/2017](#), a norma del quale il giudice condanna le parti che non hanno partecipato al procedimento al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione.

^[16] Nel caso in cui la parte invitata manifesti, prima dell'incontro, la propria volontà di non partecipare, si potrebbe in effetti ammettere (superando il dettato del d.m. 145 cit.) che l'organismo possa rilasciare una certificazione attestante tale circostanza, evitando così alla parte istante di comparire dinanzi al mediatore solo per la redazione del verbale di mancata partecipazione. La questione dovrebbe peraltro essere affrontata, nella prospettiva di un intervento correttivo, in una con quella – anch'essa controversa – della possibilità che il procedimento di mediazione prosegua (in vista della formulazione di una proposta da parte del mediatore) anche in assenza della parte convenuta: possibilità attualmente ammessa da alcuni organismi, ma a mio avviso contrastante con la natura necessariamente bilaterale del procedimento.

^[17] Richiedere che il rappresentante sia a conoscenza *diretta* dei fatti controversi potrebbe in effetti escludere che la procura sia conferita all'avvocato che quei fatti di regola conosce *indirettamente* nell'ambito del rapporto di consulenza e assistenza con il cliente; una siffatta limitazione potrebbe risultare opportuna specialmente con riferimento al primo incontro allo scopo di consentire una valutazione *effettiva* della possibilità di proseguire la mediazione da parte di chi meglio conosce la situazione controversa; capita spesso infatti che l'avvocato che rappresenta la parte compia la sua valutazione nell'ambito di una strategia complessiva di gestione della lite (non di rado scettica rispetto alla mediazione), trascurando le implicazioni soggettive di quella scelta che solo una persona direttamente coinvolta nella lite è in grado di compiere.

^[18] V. *supra* nota 2.

^[19] Non ci può peraltro trascurare nemmeno l'impatto economico della prosecuzione della mediazione, considerato che – in assenza di adeguati incentivi anche di natura fiscale (il credito di imposta parrebbe infatti tuttora lettera morta ...) – l'importo dell'indennità potrebbe risultare anche piuttosto elevato, giustificando almeno sotto questo profilo il rifiuto di proseguire della parte che non intenda sostenere quel costo, specie a fronte di prospettive piuttosto remote di successo della mediazione. In effetti quello dei costi del procedimento è un altro profilo sul quale potrebbe risultare opportuno un intervento correttivo che, per un verso, valorizzasse maggiormente l'impegno del mediatore fin dal primo incontro (prevedendo un costo anche ridotto a carico delle parti) ma, per altro verso, consentisse di articolare il pagamento delle indennità in ragione dell'andamento della mediazione, prevedendo il progredire dell'indennità dovuta in ragione del progredire degli incontri di mediazione.

NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE

Gli effetti dell'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita in materia familiare. Brevi considerazioni a margine dell'art. 6, comma 3, del D.L. n. 132 del 2014

di Concetta Marino

del 14 febbraio 2019

Sommario

1. Gli accordi di negoziazione assistita per comporre la crisi coniugale
2. L'accordo come titolo esecutivo e come titolo idoneo ad iscrivere ipoteca giudiziale
3. La tutela privilegiata degli assegni di mantenimento concordati in regime di separazione
4. La tutela privilegiata degli assegni di mantenimento concordati in regime di divorzio
5. L'efficacia dell'accordo di negoziazione nella regolamentazione dei rapporti tra i genitori e la prole. La tutela delle prestazioni infungibili
6. L'assegnazione della casa coniugale
7. La cessazione del regime di comunione legale
8. Conclusione dell'accordo e suoi effetti sulla decorrenza del termine per il divorzio

1. Gli accordi di negoziazione assistita per comporre la crisi coniugale

La negoziazione assistita in materia familiare, introdotta dal [d.l. n. 132 del 2014](#) convertito con modificazioni dalla [legge 10 novembre 2014, n. 162](#), va inquadrata nel più ampio istituto di risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale disciplinato dallo stesso Decreto legge, che a sua volta costituisce un tassello del massiccio intervento riformista che ormai da qualche decennio interessa il processo civile, al dichiarato fine di rendere più rapida ed efficiente l'amministrazione della giustizia. Anche in questo caso l'intento è quello di realizzare un risultato deflattivo a vantaggio dell'apparato giudiziario tramite l'introduzione di nuove procedure di risoluzione delle controversie alternative al processo, qual è anche la «procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati».

Per rendere più «appetibile» lo strumento stragiudiziale di composizione della crisi coniugale, il legislatore attribuisce agli accordi conclusi ai sensi dell'[art. 6 del d.l. n. 132 del 2014](#) una efficacia assimilabile a quella degli analoghi provvedimenti resi in sede giudiziale. Nel [3° comma](#)

[dell'art. 6](#) si legge infatti che: *l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono [...] i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*. L'accordo può avere dunque un contenuto analogo a quello dei provvedimenti giudiziali resi nella medesima materia, dei quali condivide l'efficacia. Nella negoziazione assistita finalizzata al raggiungimento di una soluzione consensuale di separazione o divorzio i coniugi, con l'assistenza di un avvocato per parte, ma senza l'intervento del giudice, possono regolare i loro reciproci rapporti patrimoniali e quelli, anche personali, con la prole.

Sebbene il [3° comma dell'art. 6](#), riproducendo l'espressione utilizzata nella rubrica dell'[art. 5](#) per gli accordi negoziati in materia civile e commerciale, faccia riferimento all'«accordo raggiunto», nell'ultimo periodo del 2° comma si legge che: «All'accordo autorizzato si applica il comma 3»^[1]. Questa difformità farebbe pensare più ad una distrazione del legislatore, ed è probabilmente da imputare ad un «mancato coordina-

[1] Espressione questa che lascerebbe intendere un'efficacia dell'accordo dipendente dall'autorizzazione o dal nullaosta del P.M.

mento lessicale”[2]. Invero nella negoziazione assistita in materia civile e commerciale il riferimento all’accordo raggiunto è inevitabile non essendo prescritta in tal caso alcuna ulteriore appendice per la “definitività” dell’accordo, diversamente da quanto accade quando il rimedio negoziale riguarda la materia familiare, in cui è indispensabile il passaggio dal P.M. per l’apposizione del nullaosta o dell’autorizzazione in presenza di figli minorenni, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti[3].

Non è questa la sede per valutare il ruolo del P.M. cui venga trasmesso l’accordo raggiunto dai coniugi. Per ciò che attiene più specificamente all’efficacia dell’accordo, l’interpretazione preferibile è quella di ritenere il suo intervento, finalizzato alla concessione del nullaosta o dell’autorizzazione, alla stregua di una condizione sospensiva cui sarebbero sottoposte le pattuizioni contemplate nell’accordo[4], consentendo così il riconoscimento di un’efficacia diretta a quelle pattuizioni che, pur concordate tra le parti in sede negoziale, non attengano però alla materia strettamente matrimoniale[5].

A riprova di questa ricostruzione sembra opportuno rilevare che, fintantoché l’accordo raggiunto non sia stato “omologato” dal P.M., ciascun coniuge può revocare il proprio consenso[6]. Solo dopo la concessione del nullaosta o dell’autorizzazione il consenso diviene irrevocabile e l’accordo avrà efficacia vincolante tra le parti, alle quali non rimarrà che la via giudiziale dell’azione di impugnativa negoziale, qualora il consenso risultasse viziato per difformità dell’accordo dalle norme imperative o dall’ordine pubblico[7].

Ancora nell’[art. 6](#) manca un coordinamento con il precedente [art. 5](#), richiamato nell’ultimo capoverso del [3° comma dell’art. 6](#) unicamente per la parte in cui impone agli avvocati che assistono alla negoziazione di certificarne la conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico prima della trasmissione dell’accordo all’ufficiale dello stato civile per le opportune trascrizioni e annotazioni. Chi, discorrendo di parziale applicabilità della disciplina “generale” della negoziazione assistita agli accordi raggiunti in sede matrimoniale, ritiene applicabile a questi integralmente l’[art. 5](#), proprio alla stregua del 1° comma di questo articolo riconosce agli accordi negoziati in materia matrimoniale la valenza di titolo esecutivo e di titolo idoneo ad iscrivere ipoteca giudiziale[8]. Invero, a mio sommo modo di vedere, indipendentemente dal rinvio all’[art. 5](#), la previsione di una parificazione degli effetti dell’accordo a quelli dei provvedimenti giudiziari resi nella stessa materia matrimoniale consente già di riconoscere all’accordo, per le previsioni di carattere patrimoniale in esso contenute, valenza di titolo esecutivo e di titolo idoneo all’iscrizione di ipoteca giudiziale.

2. L’accordo come titolo esecutivo e come titolo idoneo ad iscrivere ipoteca giudiziale

Sebbene l’[art. 2818, comma 2 c.c.](#) riservi ai provvedimenti giudiziari l’effetto c.d. secondario di attribuire al creditore il diritto all’ipoteca, proprio in virtù dell’assimilazione dell’accordo raggiunto in sede negoziale agli analoghi provvedimenti giudiziari, quello come questi può servire a rafforzare

[2] Così Piazzoni, *La negoziazione assistita dagli avvocati in materia di separazione, divorzio e relative modifiche: struttura, vizi e rimedi*, in *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio*, a cura di M.G. Ruo, Santarcangelo di Romagna, 2016, 181.

[3] Ricordiamo che è con la legge di conversione che l’[art. 6](#) subisce un significativo mutamento di prospettiva, laddove consente la via negoziale anche alle coppie in crisi con figli, introducendo, unitamente a questa dirompente novità, la supervisione di un organo giudiziario. Si assiste così al coinvolgimento del procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale sarà chiamato ad un controllo, seppur meramente formale, per il rilascio del nullaosta, se l’accordo è stata raggiunto da una coppia senza figli, o ad un controllo più penetrante per il rilascio dell’autorizzazione in presenza della prole, al fine di verificare la rispondenza dell’accordo ai loro interessi.

[4] Per Bove, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 899 e s., la fase di controllo opera dall’esterno come “fase integrativa dell’efficacia” dell’accordo.

[5] Si tratta della lettura proposta da Oberto, “*Divorzio breve*”, *separazione legale e comunione legale tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2015, 625 e Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 522 s. che considera il nullaosta o l’autorizzazione alla stregua di una condizione legale di efficacia dell’accordo, al pari dell’omologa nella separazione consensuale. Per una retrodatazione di tale efficacia al momento del raggiungimento dell’accordo, dopo che sia intervenuta l’approvazione del P.M., Gradi, *Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo*, Messina, 2014, 106 e ss., testo e nota 210.

[6] Analogamente a quanto accade per le separazioni consensuali e i divorzi congiunti prima che intervenga il decreto di omologazione o la sentenza di divorzio. Così, Piazzoni, *op. cit.*, 182 e s.

[7] Al riguardo è però preferibile ritenere che l’eventuale accoglimento dell’azione di impugnativa negoziale non incida sullo *status* di coniuge separato o divorziato conseguente all’intervento del P.M., ma soltanto sulle statuizioni di carattere patrimoniale o personale in presenza di figli minorenni o non autonomi contemplate nell’accordo ed inficiate dal consenso viziato del coniuge impugnante.

[8] In tal senso Carratta, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, 1290.

la tutela dei crediti in ambito familiare, consentendo al creditore di trasformare il suo diritto all'ipoteca nel corrispondente diritto reale di garanzia, tramite l'iscrizione nei registri immobiliari[9].

Al riguardo sembra utile ricordare come già nel 1988, con un intervento correttivo della Corte costituzionale, questa previsione fosse stata estesa ai verbali di separazione consensuale[10]. In quella sentenza i giudici della Consulta ebbero a ritenere in contrasto col principio d'uguaglianza la predisposizione, per i coniugi separati consensualmente, di garanzie patrimoniali minori di quelle previste per i coniugi separati con sentenza. Le stesse ragioni che indussero i giudici costituzionali ad estendere anche al verbale omologato l'efficacia che l'[art. 156, comma 5 c.c.](#) riconosce espressamente alla sentenza di separazione devono indurci oggi a ritenere l'accordo negoziato quale titolo idoneo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, sempre in virtù di quella equiparazione degli effetti dell'accordo ai provvedimenti giudiziari di separazione e divorzio.

L'accordo che abbia superato il vaglio del P.M. e sia stato valutato come conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico varrà anzitutto come titolo esecutivo[11]. Riconoscere tale efficacia alle pattuizioni concordate in sede negoziale impone un'indagine sulla portata esecutiva dell'accordo, trattandosi pur sempre di un titolo di formazione stragiudiziale. Ad esso, invero, il legislatore attribuisce la stessa efficacia degli analoghi provvedimenti giudiziari, pertanto, se è lecito dubitare della portata esecutiva degli accordi negoziati in materia civile e commerciale, quelli raggiunti in materia matrimoniale, grazie anche all'"omologa" giudiziale introdotta in sede di conversione del decreto legge, varranno

non solo per avviare l'espropriazione forzata, ma anche per l'esecuzione in forma specifica, compresa l'esecuzione forzata degli obblighi di fare[12].

L'accordo sottoscritto dai coniugi potrà dunque essere portato ad esecuzione forzata nelle forme contemplate nel libro III del codice di rito, della cui adeguatezza è lecito dubitare quando si tratti di eseguire coattivamente i provvedimenti resi in materia di famiglia[13] ed in specie quelli relativi all'affidamento della prole minorenni.

Riconoscere efficacia esecutiva all'accordo autorizzato o validato dal P.M. significa legittimare il genitore o il minore, debitamente rappresentato, all'esercizio dell'azione esecutiva nei confronti della parte inadempiente. Al riguardo va ricordato che non essendo ipotizzabile l'apposizione della formula esecutiva ad una copia dell'accordo, troverà applicazione quanto disposto dall'[art. 5, comma 2-bis l. n. 132 del 2014](#), a mente del quale l'accordo andrà interamente trascritto nell'atto di precetto, ai sensi dell'[art. 480, comma 2 c.p.c.](#) Qualora l'accordo di negoziazione, nonostante la certificazione apposta dall'avvocato e l'omologazione giudiziale, fosse soggetto all'azione di impugnativa ai sensi dell'[art. 1418 c.c.](#) per nullità del negozio contrario alle norme imperative, tale invalidità del titolo potrà esser fatta valere con l'opposizione all'esecuzione dalla parte debitrice che subisce l'esecuzione forzata[14].

3. La tutela privilegiata degli assegni di mantenimento concordati in regime di separazione

L'aver attribuito all'accordo la medesima efficacia dei provvedimenti giudiziari di analogo contenuto dovrebbe consen-

[9] Si è così ravvisato in tale previsione il superamento di quanto tradizionalmente ritenuto circa la necessaria connessione dell'iscrizione di ipoteca ad un accertamento giudiziale. Così Fabiani, *Iscrizione di ipoteca giudiziale e conciliazione della controversia*, in *Foro it.*, 2015, IV, 39 e ss.

[10] La [sentenza n. 186](#) è pubblicata in *Giust. civ.*, 1988, I, 879 ss.

[11] La conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico è rimessa anzitutto alla valutazione degli avvocati che hanno assistito i coniugi durante la negoziazione che ha condotto al raggiungimento dell'accordo, così come si ricava dal riferimento nel 3° comma dell'[art. 6](#) alle certificazioni di cui all'[art. 5](#) e come esplicitato dalla Circolare ministeriale n. 16 del 2014, in cui si legge che l'avvocato dovrà trasmettere all'ufficiale di stato civile per le necessarie trascrizione una copia dell'accordo che deve essere munito delle certificazioni di cui all'[art. 5](#) e, specificamente, quelle relative all'autografia delle firme e alla conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

[12] In tal senso D'alessandro, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur.it.*, 2015, 1281.

[13] Le forme esecutive ordinarie non si rivelano adeguate infatti per dare attuazione ai cc.dd. assegni di mantenimento, trattandosi di obbligazioni future, a carattere periodico che dovrebbero costringere il creditore ad agire esecutivamente ogniqualvolta non venga corrisposta una mensilità. Da qui l'esigenza di una tutela rafforzata di questi crediti, di cui subito nel testo, considerando anche il pregiudizio che potrebbe subire il beneficiario a fronte di una perdurante inadempienza, trattandosi frequentemente di somme destinate al soddisfacimento di bisogni primari della vita del creditore.

[14] Ovviamente è da escludere la proposizione di qualsiasi impugnativa giurisdizionale, nonostante l'assimilazione dell'accordo ai provvedimenti giurisdizionali compiuta dall'[art. 6, comma 3](#). Così Cecchella, *La negoziazione dei diritti del minore*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di Mauro Bove, Torino, 2017, 155. Per le ipotesi in cui potrebbe emergere l'invalidità dell'accordo, nella misura in cui esso sia stato posto in essere in violazione dei limiti che la legge ha posto al potere negoziale dei privati, Bove, *op. cit.*, 900 e ss., il quale, in una dettagliata disamina delle possibili violazioni di legge, distingue le ipotesi più chiare da quelle invece equivoche.

tire, in caso di inadempimento dell'obligato, la richiesta delle forme di tutela privilegiata del credito, di cui agli artt. [156 c.c.](#) e [8 l. div.](#)[15], volta al rafforzamento degli obblighi disposti per il mantenimento dell'altro coniuge o della prole, meritevoli di una tutela effettiva, considerando che non di rado il mantenimento è disposto per il soddisfacimento di esigenze primarie dell'avente diritto. Insomma sulla scorta dell'accordo si dovrebbe poter ottenere: l'autorizzazione a procedere al sequestro conservativo dei beni del coniuge obbligato, nonché un ordine di pagamento diretto contro il terzo, *debitor debitoris*.

Come per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, anche per entrambe queste misure di rafforzamento del credito di mantenimento, prescritte espressamente a fronte di una condanna risultante da sentenza, sono intervenuti i giudici costituzionali per dichiararne l'applicabilità anche ai coniugi separati consensualmente ed a tutela degli obblighi di mantenimento della prole[16]. Dunque, alla stregua di quanto già detto per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, non esiterei a ritenere applicabili tali forme di tutela rafforzata anche a garanzia dei crediti risultanti dagli accordi negoziati, relativamente ai quali appare però opportuna qualche considerazione ulteriore, distinguendo tra sequestro e ordine di pagamento nei confronti del terzo ed ancora, specie con riferimento a questa seconda forma di tutela privilegiata, tra le prestazioni concordate in regime di separazione e quelle concordata invece in regime di divorzio. Iniziando dall'autorizzazione al sequestro di una parte dei beni del coniuge obbligato, l'[art. 156, comma 6 c.c.](#) presuppone l'inadempienza e l'istanza del coniuge creditore.

Com'è noto la dottrina che si è interrogata sulla natura di questo istituto ha finito per escluderne la riconducibilità alle misure cautelari[17], per riconoscerne piuttosto l'assoluta atipicità[18]. Si tratterebbe di una misura idonea a garan-

tire il futuro adempimento di obblighi risultanti da un titolo esecutivo già spendibile per gli inadempimenti pregressi, volta dunque ad esercitare una sorta di pressione psicologica sul coniuge inadempiente, tramite la costituzione di un vincolo di destinazione su una parte dei suoi beni al fine di assicurare il futuro adempimento degli assegni di mantenimento stabiliti in sede di separazione, impedendo così il depauperamento del suo patrimonio. Pur essendo indubbio che la concessione di questa misura prescinda dai presupposti della tutela cautelare, quali il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris*, la relativa istanza consegue all'inadempimento verificatosi relativamente ad un'obbligazione già esistente e risultante da un titolo esecutivo, pertanto non può negarsi che sia proprio la funzione di garanzia riconosciuta a questo istituto per l'adempimento futuro dell'obbligo di mantenimento ad imporre, così come vuole l'[art. 156 c.c.](#), l'intervento di un giudice che quel sequestro autorizzi dopo aver verificato l'effettivo inadempimento ed il rischio di dispersione del patrimonio del debitore[19].

Alla luce delle considerazioni appena svolte non possiamo ritenere applicabile, *sic et simpliciter*, la disciplina prescritta dall'[art. 156 c.c.](#) per la tutela rafforzata dei crediti di mantenimento, quando questi risultino dagli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita in cui mancano anzitutto un processo e un giudice al quale rivolgere l'istanza per ottenere l'autorizzazione al sequestro[20]. Si impone dunque a tal fine l'instaurazione di un autonomo giudizio. L'istanza andrà proposta al tribunale, che deciderà secondo le regole del rito camerale, unicamente al fine di concedere lo strumento di garanzia. In mancanza di alcuna indicazione per l'individuazione del giudice territorialmente competente, dovrà probabilmente farsi riferimento alla residenza del coniuge obbligato[21].

Quanto poi alla previsione contemplata nello stesso [art. 156](#),

[15] In tal senso Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 297. Così anche Danovi, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 952 e Carratta, *op. ult. cit.*, 1290.

[16] In tal senso [sentenza n. 5 del 1987](#), in *Dir. fam.*, 1987, 518 ss. e [sentenza n. 144 del 1983](#), in *Dir. fam.*, 1983, 441 ss.

[17] Ed in specie al sequestro conservativo, a differenza del quale quello disciplinato dall'[art. 156 c.c.](#) non assume valenza preparatoria al successivo pignoramento.

[18] In tal senso, tra i tanti, Attardi, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, Padova, 1977, I, 2, 975.

[19] Spetterà al giudice individuare il bene o i beni sui quali autorizzare il sequestro in rapporto al loro valore e in considerazione dell'estensione della garanzia.

[20] In caso di separazione giudiziale la misura potrà essere concessa dal giudice istruttore a fronte dell'inadempienza delle prestazioni patrimoniali disposte nell'ordinanza presidenziale (competenza riconosciuta dai giudici della Consulta nella sentenza n. 258 del 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 3603 e ss., con nota di Cipriani, *Il giudice istruttore e la competenza a provvedere ex art. 156, 6° comma, c.p.c.*) o dal tribunale in composizione collegiale in sede di decisione a conclusione del procedimento di separazione.

[21] Al riguardo, con riferimento all'[art. 156 c.c.](#), qualora il giudizio di separazione fosse già concluso, è stata invocata la previsione dell'[art. 38](#), commi 2 e 3 disp. att. c.c. laddove riconosce, in via residuale, la competenza del tribunale ordinario e l'adozione del rito camerale per tutti i provvedimenti per i quali non sia prescritta la competenza di un'altra autorità giudiziaria. Così Graziosi, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in *Diritto processuale di famiglia*,

[comma 6 c.c.](#) per cui, sempre a seguito di inadempienza e su istanza di parte il giudice può “ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all’obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto”, si tratta di un ulteriore, e forse ancor più efficace, strumento di rafforzamento della tutela esecutiva delle prestazioni future, posto a garanzia dell’attuazione coattiva degli obblighi di assistenza patrimoniale tra i coniugi. Qualora anche il terzo fosse inadempiente si dubita della possibilità di utilizzare l’ordine del giudice quale titolo esecutivo nei suoi confronti, stante la sua estraneità al procedimento di separazione che renderebbe opportuna l’instaurazione, da parte del coniuge creditore: di un giudizio cognitivo per l’accertamento dell’obbligo del terzo, e dunque per l’acquisizione di un titolo esecutivo nei suoi confronti, ovvero, più semplicemente, di un’esecuzione forzata nelle forme dell’espropriazione presso terzi[22].

Anche per questa forma rafforzata di garanzia, a fronte dell’inadempimento del coniuge obbligato[23] all’assegno periodico a favore del coniuge e/o della prole[24], pattuito nell’ambito di un accordo negoziato, si impone, così come per il sequestro, l’istaurazione di un autonomo giudizio, sempre davanti al tribunale, per la concessione dell’ordine di pagamento previa instaurazione del contraddittorio anche nei confronti del terzo. Riterrei che il coinvolgimento del terzo in questo giudizio ci consenta di superare i dubbi sollevati circa l’efficacia esecutiva “diretta” nei suoi confronti dell’ordine di pagamento rimasto inadempito.

4. La tutela privilegiata degli assegni di mantenimento concordati in regime di divorzio

Qualora poi l’inadempimento riguardi il credito all’assegno periodico determinato in sede divorzile, gli strumenti di tutela privilegiata sono prescritti dall’[art. 8 l. div.](#), da ritenere applicabile anche quando i rapporti patrimoniali siano concordati in sede negoziale. Al riguardo quanto già detto per la forma particolare di sequestro disciplinata dall’[art. 156 c.c.](#) a tutela degli assegni di mantenimento determinati in regime di separazione vale senz’altro anche quando l’ex-coniuge

ge creditore intenda ricorrere a questo strumento di tutela preferenziale degli obblighi economici scaturenti dall’accordo raggiunto per lo scioglimento del matrimonio, con l’unica differenza che in tal caso non occorre che il giudice verifichi il pregresso inadempimento, essendo piuttosto chiamato a valutare se la condotta dell’obbligato sia tale da giustificare il ricorso a tale forma di tutela rafforzata “per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni creditorie”. È per l’altra forma di tutela privilegiata del credito che si impone qualche considerazione ulteriore rispetto a quanto già detto per l’accordo negoziato di separazione. Faccio riferimento all’assoggettamento del terzo alla responsabilità dell’obbligato al mantenimento che, per effetto della modifica apportata nel 1987 all’[art. 8 della legge n. 898 del 1970](#), prescinde da alcun intervento giudiziale cognitivo. La riforma dei commi 3 e 4 dell’art. 8 ha introdotto infatti una forma di azione esecutiva diretta nei confronti del terzo debitore dell’ex-coniuge resosi inadempiente rispetto ai suoi obblighi patrimoniali, attribuendo all’ex-coniuge creditore la facoltà di agire esecutivamente nei confronti del terzo, senza bisogno di procurarsi un titolo esecutivo nei suoi confronti. Tale previsione, com’è noto, ha fatto dubitare della stessa legittimità costituzionale della norma nella parte in cui, consentendo un’azione esecutiva diretta nei confronti del terzo, finirebbe per comprometterne il diritto di difesa. L’[art. 8](#), lo ricordiamo, riconosce al [4° comma](#) tale azione nei confronti del terzo a fronte del provvedimento in cui è stabilita la misura dell’assegno, qualora l’ex-coniuge obbligato rimanga inadempiente per almeno trenta giorni[25]. Il provvedimento andrà notificato ai “terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al coniuge obbligato con l’invito a versargli direttamente le somme dovute”.

Sebbene la norma faccia un generico riferimento al provvedimento da notificare ai terzi, la disposizione è stata interpretata restrittivamente individuando quale tipologia di provvedimento sul quale fondarla unicamente la sentenza di divorzio, escludendo che analoga tutela possa essere riconosciuta anche a fronte dell’ordinanza presidenziale resa ai sensi dell’[art. 4, comma 8 l. div.](#) Insomma sarebbe il carattere speciale del-

a cura di Graziosi, Torino, 2016, 260

[22] In tal senso Danovi, *L’esecuzione forzata e i terzi nel processo di separazione e divorzio*, in *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, a cura di Capponi-Sassani-Storto-Tiscini, Torino, 2014, 1263 e ss.

[23] Dovrà trattarsi di un inadempimento grave e reiterato, di una condotta insomma tale da lasciar presumere futuri inadempimenti da parte dell’obbligato, la cui valutazione è rimessa al giudice.

[24] La possibilità di estendere l’ordine *de qua* anche alla tutela degli obblighi di mantenimento della prole è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale nella [sentenza 31 maggio 1983, n. 144](#), in *Dir. fam. e pers.*, 1983, 441 e ss.

[25] A parte il ritardo nell’inadempimento, occorre altresì che lo stesso non sia frattanto venuto meno.

la disposizione ad imporne l'interpretazione restrittiva[26]. Alla stregua di tali considerazioni dobbiamo ritenere che analoga tutela non possa essere riconosciuta a fronte di un inadempimento agli obblighi economici concordati nell'accordo negoziato di divorzio, non essendo consentita in tal caso una interpretazione estensiva della locuzione "provvedimenti", che includa anche gli accordi negoziati. Pertanto, in caso di inadempimento dell'ex-coniuge obbligato, a mio sommo modo di vedere, così come in regime di separazione, anche in regime di divorzio si potrà ricorrere a questa forma particolarmente incisiva di tutela privilegiata degli obblighi di mantenimento, ma non senza procedere all'instaurazione di un autonomo giudizio per il conseguimento dell'ordine di pagamento nei confronti del terzo, chiamato a parteciparvi.

Qualora poi le somme dovute dal terzo al coniuge obbligato siano state già pignorate, la parte avente diritto all'assegno potrà intervenire nel processo esecutivo iniziato presso il terzo ed in tal caso sarà il giudice dell'esecuzione a provvedere alla ripartizione delle somme tra i creditori concorrenti[27].

5. L'efficacia dell'accordo di negoziazione nella regolamentazione dei rapporti tra i genitori e la prole. La tutela delle prestazioni infungibili

In presenza di figli minorenni l'accordo riguarderà anche la regolamentazione dei rapporti sia personali che patrimoniali tra genitori e prole. Al riguardo è altamente probabile che i genitori propendano per il regime dell'affidamento condiviso. La tendenziale coincidenza tra i contenuti dell'accordo e quelli dei provvedimenti resi nel procedimento di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta dovrebbe indurci a ritenere che, come in quei provvedimenti, anche nell'accordo dovranno essere determinati i tempi, le modalità di permanenza del minore con ciascun genitore e dovranno essere stabiliti la misura ed il modo della contribuzione di ciascuno di essi alla cura, alla formazione e all'educazio-

ne dei figli, in altri termini tutte le condizioni di affidamento dei figli minori[28].

Pertanto, qualora si ponesse la necessità di portare ad esecuzione forzata le pattuizioni di carattere patrimoniale rimaste inadempite, questa potrà avvenire nelle forme contemplate nel libro III del codice di rito e per esse varranno le considerazioni già svolte per le forme di tutela privilegiata degli obblighi di mantenimento del coniuge[29]. Per quelle invece di carattere personale si riproporranno le difficoltà già note circa le modalità di esecuzione coattiva degli analoghi provvedimenti giudiziali volti a regolamentare i rapporti tra genitori e figli. Com'è noto, infatti, il nostro ordinamento risulta sprovvisto di un dispositivo specifico per l'esecuzione forzata dei provvedimenti di affidamento disposti in sede di separazione o divorzio, in special modo degli obblighi di consegna del minore conseguenti all'affidamento e di tutte le misure disposte per consentire al minore di mantenere un rapporto stabile anche con il genitore non collocatario.

Qualora dovesse accadere che quanto pattuito tra i coniugi al momento dell'accordo venga poi disatteso, si riproporranno i dubbi già emersi quando la mancata attuazione riguardi i provvedimenti giudiziali che hanno previsto a carico dei genitori obblighi infungibili, quale tipicamente è quello del diritto di visita e di frequentazione del genitore non collocatario. Anche in tal caso l'assimilazione degli accordi ai provvedimenti giurisdizionali in materia matrimoniale, prescritta dal [3° comma dell'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014](#), consente di ritenere applicabile l'[art. 709 ter c.p.c.](#) che, come noto, disciplina un procedimento volto a risolvere le controversie che possono sorgere in sede di attuazione dei provvedimenti giudiziali assunti in materia di esercizio della responsabilità genitoriale o di affidamento dei figli e ad erogare misure di natura risarcitoria qualora quei provvedimenti rimanessero inattuati[30].

Ancora, come è stato puntualmente rilevato in dottrina, tale assimilazione dovrebbe consentire la tutela delle obbligazio-

[26] In tal senso Danovi, *op. ult. cit.*, 1267.

[27] Ciò è quanto dispone l'[art. 8, comma 5 l. div.](#) che dovrebbe trovare applicazione, con i dovuti adattamenti, anche quando l'obbligo inadempito sia stato concordato in sede negoziale. In tal caso il coniuge creditore interverrà nel processo espropriativo già in corso presso il terzo munito dell'accordo, che ha valenza di titolo esecutivo.

[28] Per i molteplici contenuti dell'accordo intercorso tra coniugi con prole minorenni, Cecchella, *op. cit.*, 156 e s.

[29] Non manca in dottrina chi suggerisce l'applicazione dell'[art. 709 ter c.p.c.](#) anche ai diritti al mantenimento dei minori che, tutelando situazioni personali, non sarebbero sufficientemente garantiti dalle forme dell'esecuzione forzata, mostrando piuttosto un carattere infungibile. Così Cecchella, *op. cit.* 157. Possibilista al riguardo Graziosi, *op. cit.*, 240 e s.

[30] Ricordiamo che a mente del secondo comma dell'articolo in esame il giudice può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. Quanto all'opportunità di interpretare estensivamente la locuzione «provvedimenti in vigore» utilizzata nel [1° comma dell'art. 709 ter c.p.c.](#), si da includervi anche gli accordi autorizzati ex [art. 6, comma 2 d.l. n. 132 del 2014](#), Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori* ex [art. 709 ter c.p.c.](#), Torino, 2018, 6.

ni infungibili anche alla stregua della disciplina generale prescritta dall'[art. 614 bis c.p.c.](#), che sotto la rubrica: “Misure di coercizione indiretta” oggi prevede che con il provvedimento di condanna all’adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice determini l’ammontare della somma dovuta dall’obligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento. Invero, l’applicabilità di questa norma è stata posta in discussione proprio in considerazione della disciplina contemplata dall’[art. 709 ter c.p.c.](#), la cui specialità escluderebbe l’applicabilità di quella di carattere generale. Anche a voler ritenere applicabile la sanzione pecuniaria dovuta in caso di inadempimento prescritta dall’[art. 614 bis c.p.c.](#), nell’accordo manca un giudice che possa comminarla, così come vuole il primo comma dell’articolo in esame. Ciò non toglie che potrebbe riconoscersi alle parti la possibilità di prevedere un obbligo di pagamento di una somma, a titolo di penale, per ogni inadempimento o ritardo anche di obbligazioni a prestazioni patrimoniali, non incontrando l’accordo il limite posto, al riguardo, dall’[art. 614 bis c.p.c.](#)[31] La previsione di tale «clausola penale» dovrebbe indurre l’obligato ad adempiere per sfuggire alla sanzione pecuniaria altrimenti erogabile nei suoi confronti[32], operando ancor prima che l’inadempimento si compia ed al fine piuttosto di scongiurarlo. Riterrei comunque che la previsione di una simile clausola nell’accordo negoziato potrebbe lasciar trapelare una conflittualità strisciante tra i coniugi che dovrebbe suggerire una particolare prudenza negli avvocati che assistono le parti.

È presumibile dunque che, nel presupposto di un’armonia tra i coniugi e di scelte condivise su tutto quanto riguarda l’affidamento della prole, le parti non si accordino per la previsione di una simile penale. Ciò non toglie che, qualora le obbligazioni infungibili scaturenti dalle condizioni concordate in sede negoziale per regolamentare il rapporto tra genitori e figli rimanessero inadempite, il genitore obligato, come già anticipato, potrà essere assoggettato alle misure sanzionatorie prescritte dall’[art. 709 ter, comma 2 c.p.c.](#) In tal caso però la mancanza di un «procedimento in corso», cui fa riferimen-

to il 1° comma dell’articolo in esame anche per l’erogazione di tali misure, imporrà l’instaurazione di un autonomo giudizio da svolgersi secondo le forme camerale innanzi al tribunale, secondo quanto lo stesso primo comma dispone per i procedimenti di cui all’[art. 710 c.p.c.](#), in cui il luogo di residenza del minore è indicato quale criterio esclusivo di competenza territoriale[33].

Invero l’[art. 709 ter c.p.c.](#) fa anzitutto riferimento alle ipotesi in cui dovesse sorgere un conflitto tra i genitori in fase di attuazione o nell’interpretazione di provvedimenti giudiziari assunti in materia di esercizio della responsabilità genitoriale o di affidamento dei figli minori. In tal caso il giudice, che ha già determinato le condizioni dell’affidamento, gode di un analogo potere determinativo per risolvere le “controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell’affidamento”. La mancanza di conflittualità tra i coniugi che abbiano fatto ricorso alla negoziazione assistita per separarsi o divorziare e che consensualmente hanno determinato le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale e le condizioni dell’affidamento dovrebbe rendere inusuale tale evenienza. Qualora però il dialogo tra i genitori cessasse, sì da impedire la collaborazione per la ricerca di soluzioni condivise dei problemi che possono insorgere durante il percorso di crescita dei figli e per il raggiungimento di un nuovo accordo sulle modifiche da apportare a quanto precedentemente pattuito[34], si imporrà la via giudiziale.

6. L’assegnazione della casa coniugale

Nel caso di coppia con figli, l’accordo deve prevedere l’assegnazione della casa coniugale al genitore presso il quale è stabilita la residenza del figlio. L’assegnazione della casa familiare, invero, non realizza un trasferimento di diritti reali immobiliari, quanto, piuttosto, “il diritto del minore ad avere una stabile residenza nella casa familiare”[35]. Pertanto, grazie all’assimilazione dell’accordo ai provvedimenti giurisdizionali di separazione e di divorzio, se ne deve ritenere possibile la trascrizione per l’opponibilità ai terzi acquirenti, così come prescritto dall’[art. 337 sexies c.c.](#)[36].

[31] Così Cecchella, *op. cit.*, 157 e Graziosi, *op. cit.*, 249.

[32] In tal senso Graziosi, *ibidem*.

[33] Sulla questione ancora Cecchella, *ibidem*. In tal senso anche Graziosi, *op. cit.*, 242.

[34] Fermo restando che qualora invece le parti riuscissero a raggiungere un nuovo accordo sulle condizioni dell’affidamento, sarebbe comunque necessaria un’autorizzazione dei patti modificativi da parte del P.M., alla stregua di quanto disposto dall’[art. 6 del d.l. n. 132 del 2014](#).

[35] Così Cecchella, *op. cit.* 158.

[36] Ovviamente finché dura la convivenza con i figli.

A tal fine dovrebbe bastare la semplice copia dell'accordo autenticata dall'avvocato[37], così come si ritiene sufficiente la copia autentica del verbale di separazione consensuale omologato o della sentenza di scioglimento del vincolo.

7. La cessazione del regime di comunione legale

Quanto poi alla cessazione del regime patrimoniale di comunione legale conseguente alla separazione dei coniugi, è preferibile ricondurre tale effetto al momento della sottoscrizione dell'accordo raggiunto dai coniugi assistiti dagli avvocati, piuttosto che a quello del rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione da parte del P.M.[38], perché se così fosse si assisterebbe ad una "evidente discrasia tra la separazione consensuale raggiunta davanti al giudice e la separazione consensuale conseguita per via di negoziazione assistita", in contrasto con quanto voluto dal legislatore del 2014[39].

Per evitare tale incongruenza è stata suggerita un'estensione analogica della previsione del [comma 1 dell'art. 191 c.c.](#), aggiunto con la [legge n. 6 maggio 2015, n. 55](#), nel quale è prescritto che «*Nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato*». La mancata previsione nell'[art. 191 c.c.](#) della separazione consensuale conseguita per via negoziale ne impone un adattamento da compiersi sostituendo al «presidente» gli avvocati che assistono i coniugi nella negoziazione e all'omologazione del tribunale il nullaosta o, in alternativa, l'autorizzazione del procuratore della Repubblica. In tal modo si consente "un'immediata esplicazione dell'effetto dello scioglimento della comunione legale, sottoposto ad una condizione risolu-

tiva costituita dall'eventuale rigetto, da parte del procuratore della Repubblica, del nullaosta o dell'autorizzazione"[40].

8. Conclusione dell'accordo e suoi effetti sulla decorrenza del termine per il divorzio

Infine con riferimento alla decorrenza del termine di durata della separazione, necessario ai fini della proposizione della domanda di divorzio, oggi che per effetto della [legge 6 maggio 2015, n. 55](#) è stato introdotto il c.d. divorzio breve, ci si interroga sul termine a partire dal quale computare il periodo di sei mesi prescritto dalla legge in caso di separazione consensuale raggiunta in via negoziale[41]. La questione si pone anche quando le parti ricorrano alle modalità della negoziazione assistita per giungere allo scioglimento del matrimonio, dopo aver utilizzato il medesimo rimedio stragiudiziale per separarsi, posto che per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio il ricorso alla negoziazione assistita è possibile unicamente nell'ipotesi di pregressa separazione, così come prescritto dall'[art. 6, comma 1](#), che richiama espressamente soltanto "i casi di cui all'[articolo 3, primo comma, numero 2\), lettera b\) della legge 10 dicembre 1970, n. 898](#), e successive modificazioni".

Sebbene l'[art. 3, comma 1, n. 2\), lett. b\) legge div.](#) sia stato integrato per effetto della [l. n. 162/2014](#) ed oggi prevede che il termine per la proposizione della domanda di divorzio dalla separazione va computato «dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita», il legislatore non ha previsto invece alcun coordinamento tra la [legge n. 55/2015](#) e la [legge n. 162/2014](#), non tenendo conto la prima che la separazione potrebbe compiersi senza la comparizione dei coniugi davanti al Presidente del tribunale (prescritta invece nel secondo ca-

[37] Così Cecchella, *op. cit.*, 158 e s., il quale però non nasconde i dubbi che tale soluzione pone stante la previsione dell'[art. 2658 c.c.](#) Sarà invece necessaria l'autentica notarile della sottoscrizione del processo verbale di accordo, qualora questo contempli un trasferimento di diritti reali su beni immobili o comunque il compimento di un atto soggetto a trascrizione. In tal caso troverà applicazione la previsione dell'[art. 5, comma 3 d.l. n. 132 del 2014](#). Per una compiuta indagine sul principio di autenticità del titolo per la trascrizione nei registri immobiliari, Fabiani-Leo, *Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 50 e ss.

[38] In questo senso invece Carratta, *Negoziazione assistita in materia matrimoniale e disciplina generale: problemi applicativi*, in *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio*, *cit.*, 58 e s., che intende l'inciso «purché omologato» utilizzato nel [comma 2 dell'art. 191 c.c.](#) alla stregua di una condizione sospensiva degli effetti dell'accordo raggiunto fra i coniugi in sede di separazione consensuale, così come il rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione da parte del procuratore della Repubblica.

[39] In tal senso Oberto, *op. cit.*, 624.

[40] È questa la ricostruzione preferita da Oberto, *op. cit.*, 624 e ss., criticata da Carratta, *op. loc. cit.*, per il quale far retroagire gli effetti dello scioglimento della comunione legale al momento della sottoscrizione dell'accordo potrebbe determinare gravi incertezze sul regime dei beni coinvolti in caso di diniego del nullaosta o dell'autorizzazione.

[41] Che il termine di sei mesi previsto per le separazioni consensuali si applichi, per analogia, anche alle due forme di separazione stragiudiziale oggi previste dagli artt. [6](#) e [12](#), D.L. n. 132/2014, Graziosi, *Osservazioni perplesse (?) sulle ultime stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1117.

povero della lett. b, n. 2 dell'[art. 3 l. div.](#)), come avviene nel caso di negoziazione assistita tramite avvocati.

Nel silenzio della legge permane dunque il dubbio circa il momento da cui far decorrere, in caso di pregressa separazione consensuale negoziata, il termine per avanzare la domanda di divorzio. All'opinione di chi ritiene che il *dies a quo* dovrebbe essere individuato nel momento in cui è stato raggiunto l'accordo, che coincide con il giorno in cui questo è stato sottoscritto dalle parti, così come certificato dai loro difensori^[42]; si contrappone l'opinione di chi invece ritiene che il riferimento all'accordo raggiunto dalle parti ([art. 6, comma 2 l. n. 162/2014](#)) o alla data certificata nell'accordo ([art. 3, comma 1, n. 2\), lett. b\) legge div.](#)) va-

dano imputati al momento in cui questo sia in grado di produrre gli effetti voluti, dunque dal momento in cui il P.M. si sia espresso favorevolmente concedendo il nullaosta o l'autorizzazione, perché a ritenere diversamente gli effetti scaturenti dal raggiungimento dell'accordo potrebbero essere revocati qualora il P.M. neghi il nullaosta o l'autorizzazione, con inevitabili ricadute e complicazioni sul piano applicativo^[43]. Invero dal momento del raggiungimento dell'accordo a quello del rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione intercorrerà un breve lasso di tempo che dovrebbe bastare a scongiurare il rischio che la domanda di divorzio venga proposta ancor prima che intervenga il controllo del P.M.^[44].

[42] Così Lupoi, *Separazione e divorzio*, cit. 293; D'alessandro, *op. cit.*, 1281, la quale pone in evidenza come in tal caso a nulla rileverebbe che il nullaosta o l'autorizzazione, comunque necessarie, intervengano in un momento successivo. Analogamente, Lombardi, *Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la L. 6 maggio 2015, n. 55*, in *Riv. fam. e pers.*, 2016, 333. Nello stesso senso Tommaseo, *Negoziazione assistita e divorzio breve*, in *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio*, cit., 70 e Danovi, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, in *Fam. e dir.*, 2019, 82.

[43] Questa è l'opinione di Carratta, *Le nuove procedure negoziate*, cit., 1291.

[44] Ricordiamo infatti che l'accordo raggiunto deve essere trasmesso al P.M. entro dieci giorni per l'autorizzazione, il quale, qualora non lo ritenesse conforme all'interesse dei figli, lo trasmetterà al Presidente del tribunale entro cinque giorni e questi dovrà fissare la comparizione delle parti entro i successivi trenta giorni. Si tratta insomma di termini brevi che dovrebbero consentire, se rispettati, il rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione ancor prima del decorso dei sei mesi dalla data certificata nell'accordo negoziato di separazione.

RICORSO PER CASSAZIONE

Il tribolato requisito della “esposizione sommaria dei fatti di causa” nel ricorso per Cassazione

di Mirco Minardi

del 15 febbraio 2019

Sommario

1. L'orientamento tradizionale
2. L'orientamento draconiano
3. L'attacco frontale all'orientamento draconiano
4. Il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti alla luce dei principi della CEDU
5. Il perdurante contrasto nella giurisprudenza di inizio 2019
6. Conclusioni

1. L'orientamento tradizionale

L'orientamento più risalente e consolidato^[1] ha sempre affermato la possibilità di ricavare l'esposizione sommaria dei fatti dalla motivazione in diritto del ricorso, in ragione del fatto che l'art 366 c.p.c. non stabilisce un ordine formale di sequenza per l'indicazione dei requisiti richiesti dalla norma stessa a pena di inammissibilità.

La sentenza capostipite in questo senso fu Cass. civ., 18.3.1952, n. 720, la quale espressamente affermò che gli “opportuni cenni” sullo svolgimento del processo potessero ricavarsi anche “dalla motivazione in diritto del ricorso”.

Questo principio, si legge in Cass. civ., sez. III, 28/06/2018, n. 17036, ha dominato incontrastato per mezzo secolo, tanto da divenire *jus receptum* la massima secondo cui per soddisfare il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti e delle vicende processuali “non occorre un'apposita premessa a sé stante, essendo sufficiente che dall'illustrazione dei motivi

del ricorso sia desumibile il quadro delle circostanze di fatto da cui trae origine la controversia”^[2].

Detto orientamento si è conservato sino ai giorni nostri: ancora di recente la Suprema Corte ha infatti ribadito che “per soddisfare il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti di causa [...] non è necessario che tale esposizione costituisca parte a sé stante del ricorso, ma è sufficiente che essa risulti in maniera chiara dal contesto dell'atto, attraverso lo svolgimento dei motivi”^[3].

Si tratta peraltro di un orientamento condiviso dalle Sezioni Unite in almeno sei diverse occasioni^[4], ovvero: da Cass. civ., sez. un., 11/04/2012 n. 5698, nella cui motivazione si legge che “il ricorso non può dirsi inammissibile quand'anche difetti una parte formalmente dedicata all'esposizione sommaria del fatto, se l'esposizione dei motivi sia di per sé autosufficiente e consenta di cogliere gli aspetti funzionalmente utili della vicenda sottostante al ricorso stesso”; da Cass. civ., sez. un., 18/05/2006, n. 11653, Rv. 588770, ove

[1] Per la ricostruzione della evoluzione interpretativa del requisito *de quo* abbiamo attinto a piene mani da Cass. civ. sez. III, 28/06/2018, n. 17036.

[2] Così Cass. civ., sez. II, 24/02/1988 n. 1974; nello stesso senso, Cass. civ., sez. III, 25/03/1999 n. 2697. Critica, in tal senso, parte autorevole della dottrina; v. ad. es. G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, pag. 272 e ss, secondo cui “trattasi di un requisito distinto rispetto ai motivi di ricorso, per cui l'esposizione dei fatti non dovrebbe poter essere contenuta all'interno dei motivi, bensì assumere il carattere di una premessa autonoma che li preceda”.

[3] Tra le tante, Cass. civ., sez. III, 8/7/2014 n. 15478.

[4] Per la verità, le Sezioni Unite hanno anche espresso l'orientamento draconiano; v. ad. es. Cass. civ., sez. un., 22 maggio 2014, n. 11308: “Il ricorso per cassazione in cui manchi completamente l'esposizione dei fatti di causa e del contenuto del provvedimento impugnato è inammissibile; tale mancanza non può essere superata attraverso l'esame delle censure in cui si articola il ricorso, non essendone garantita l'esatta comprensione in assenza di riferimenti alla motivazione del provvedimento censurato, né attraverso l'esame di altri atti processuali, ostandovi il principio di autonomia del ricorso per cassazione”.

si afferma che per soddisfare il requisito della esposizione sommaria dei fatti non è necessario che il ricorso contenga “una premessa autonoma e distinta rispetto ai motivi”; da Cass. civ., sez. un., 29/04/1981, n. 2598, Rv. 413375, ove si afferma che il precetto di cui all’art. 366 c.p.c., n. 3, risulta inadempito solo quando, oltre a mancare del tutto nel ricorso per cassazione la esposizione sommaria dei fatti di causa, “questi non siano desumibili neppure dai motivi dedotti”; da Cass. civ., sez. un., 23/08/1972, n. 2708, Rv. 360363, ove si afferma che il precetto di cui all’art. 366 c.p.c., n. 3, “deve ritenersi osservato allorché i fatti di causa, anziché essere esposti in modo autonomo quale premessa ai motivi, risultino dal contenuto del ricorso”; da Cass. civ., sez. un., 22/08/1972, n. 2700, Rv. 360348, e Cass. civ., sez. un., 10/03/1969 n. 763, Rv. 339075, di identico contenuto, ove si afferma che “[...] non è necessario che la esposizione dei fatti di causa costituisca una premessa distinta a se stante rispetto ai motivi di annullamento dedotti dal ricorrente, ma è sufficiente che i presupposti di fatto possano essere desunti dalla enunciazione dei motivi”.

2. L'orientamento draconiano

L'orientamento più formalista si è sviluppato in epoca recente e in particolar modo con la sentenza Cass. civ., sez. 3, 11/10/2005 n. 19756, la quale ha escluso la possibilità che i motivi possano sostituire la compiuta esposizione dei fatti di causa, almeno nei casi in cui il ricorrente abbia formalmente dichiarato di volere dedicare una parte del proprio ricorso all'esposizione degli stessi, senza poi riuscirvi in modo compiuto. In quella decisione, peraltro, erano state richiamate due decisioni che in realtà non avevano mai affermato quanto da essa predicato^[5].

Il contrasto inaugurato da Cass. civ., sez. III, 11/10/2005 n. 19756 si è consolidato negli anni a venire^[6]. Le ragioni addotte dall'orientamento più recente, a sostegno di questa più rigorosa interpretazione dell'art. 366 c.p.c., n. 3, sono illustrate nell'ampia motivazione di Cass. civ., sez. VI, 16/01/2014 n. 784. Detta decisione, ha evidenziato che il divieto di utilizzare la tecnica dell'assemblaggio, consacrata dalle Sezioni Unite della Corte, con la sentenza n. 5698 del 2012 sarebbe vanificato se fosse possibile ricostruire i fatti della vicenda attraverso i motivi e, comunque, detta conoscenza deve necessariamente precedere l'illustrazione dei motivi.

Secondo questo orientamento, pertanto, il requisito *de quo* deve garantire alla Corte di Cassazione di avere una chiara e completa cognizione del fatto sostanziale che ha originato la controversia e del fatto processuale, senza dover ricorrere ad altre fonti o atti in suo possesso, compresa la stessa sentenza impugnata. Si aggiunge che la prescrizione non risponde ad un'esigenza di mero formalismo, essendo volta a permettere di intendere correttamente il significato e la portata delle censure rivolte al provvedimento impugnato. Stante tale funzione, per soddisfare il requisito imposto dall'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 3, è necessario che il ricorso per cassazione contenga, sia pure in modo non analitico o particolareggiato, l'indicazione sommaria delle reciproche pretese delle parti, con i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che le hanno giustificate, delle eccezioni, delle difese e delle deduzioni di ciascuna parte in relazione alla posizione avversaria; dello svolgersi della vicenda processuale nelle sue articolazioni e, dunque, delle argomentazioni essenziali, in fatto e in diritto, su cui si è fondata la sentenza di primo grado; delle difese svolte dalle parti in appello, ed in fine del tenore della sentenza impugnata. Così intesa, però, l'esposizione sommaria dei fatti finisce inevitabilmente per sganciarsi dai motivi di impugnazione, i quali, come è noto, assai spesso sono riferiti ad uno o alcuni aspetti del giudizio, per la cui intellegibilità non sarebbe affatto necessario ripercorrere tutta la vicenda processuale. Qual è, ad esempio, l'utilità di riferire della eccezione di prescrizione e della correlata contro eccezione di avvenuta interruzione, sollevate nel giudizio di primo grado, qualora sulla questione fosse sceso il giudicato per mancata impugnazione in appello? Evidentemente nessuna.

3. L'attacco frontale all'orientamento draconiano

È stata la decisione sopra richiamata, Cass. civ., sez. III, 28/06/2018, n. 17036, estensore Marco Rossetti, a contrastare apertamente e direttamente l'orientamento formalista analizzato nel paragrafo precedente, fornendo una serie di controargomentazioni che a noi sembrano difficilmente contestabili. Anzitutto, si osserva che “dal punto di vista dell'interpretazione letterale, l'art. 366 c.p.c., comma 1, indica a pena di inammissibilità quali debbano essere i contenuti del ricorso, ma non prescrive alcuna sanzione di inammissibilità quanto all'ordine con cui i contenuti del ricorso debbano essere esposti”.

La decisione, ovviamente, auspica che “in ogni ricorso l'e-

[5] Ci si riferisce a Cass. civ., 16 settembre 2000 n. 12256 e Cass. civ., 5 ottobre 1998, n. 9862, le quali affermarono un principio ben diverso, ovvero che l'esposizione dei fatti di causa deve essere contenuta nel ricorso, e non in fonti ad esso esterne e da esso richiamate, quali la sentenza impugnata o gli atti del giudizio di merito.

[6] Cass. civ., sez. VI, 28/09/2016, n. 19047, Rv. 642129; Cass. civ., sez. VI, 28/10/2014, n. 22860, Rv. 633187.

sposizione dei fatti di causa preceda l'esposizione dei motivi; ma in difetto di espresse previsioni normative, un ricorso non potrà dirsi inammissibile sol perché l'esposizione dei fatti – a condizione che sia chiara ed inequivoca – anziché precedere, sia inclusa nell'illustrazione dei motivi”.

Evidenzia, poi, che “dal punto di vista dell'interpretazione sistematica, è principio risalente e di antica civiltà giuridica che tutti gli atti processuali vadano qualificati, interpretati e giudicati non segmentandone i contenuti, ma apprezzandoli nel loro complesso, e valutando ciascuna parte in relazione a tutte le altre parti (c.d. principio di globalità o circolarità dell'interpretazione). E questo principio verrebbe frustrato, se si ritenesse che il giudice di legittimità, al cospetto d'un ricorso contenente una esposizione dei fatti carente o lacunosa, dovesse per questo solo motivo sospendere la lettura del ricorso, e dichiararne l'inammissibilità”.

Sotto il profilo “della logica formale, non sembra poi potersi condividere l'assunto (posto a fondamento dell'orientamento più rigoroso) secondo cui se l'esposizione dei fatti della causa manchi totalmente, la Corte di Cassazione potrebbe ricavarla dai motivi; ma se esista e sia incompleta o sovrabbondante, tale integrazione non potrebbe compiersi. Una simile lettura dell'art. 366 c.p.c. condurrebbe al paradosso di riservare un trattamento meno rigoroso al ricorrente che trascuri completamente di assolvere l'onere di esposizione dei fatti; e per contro di adottare una decisione assai più rigorosa nei confronti di quegli che, volendo assolvere quell'onere, non vi riesca. Un esito interpretativo, dunque, collidente con il basilare principio della giustizia distributiva e dell'*unicuique suum*”.

Con riferimento alla tecnica dell'assemblaggio^[7], la sentenza rileva che di per sé il ricorso non può essere dichiarato inammissibile per ciò solo, qualora l'illustrazione dei motivi consenta comunque di conoscere le vicende della causa.

4. Il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti alla luce dei principi della CEDU

Nelle decisioni più recenti^[8], l'orientamento tradizionale sottolinea sempre più spesso come quello minoritario appaia

difficilmente compatibile con l'ordinamento comunitario e con i principi stabiliti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che, come noto, del diritto comunitario formano parte integrante, ai sensi dell'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea (nel testo consolidato risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona del 13.12.2007, ratificato e reso esecutivo con L. 2 agosto 2008, n. 130).

“Tra i principi della CEDU viene in rilievo ai nostri fini l'art. 6, p. 1, CEDU, ovvero il diritto di accesso alla giustizia. Si è infatti evidenziato che l'interpretazione che di tale norma ha dato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo appare ostativa alla continuazione dell'orientamento minoritario, sotto due profili. In primo luogo, la corte EDU ha stabilito che le sentenze le quali dichiarino inammissibile una impugnazione per ragioni formali possano dirsi coerenti con l'art. 6, p. 1, della CEDU, solo quando la causa di inammissibilità sia prevista dalla legge, possa essere prevista *ex ante*, e non sia di derivazione giurisprudenziale ovvero, se lo sia non sia frutto di una interpretazione «troppo formalistica»; risulti comunque da un orientamento consolidato; sia chiara ed univoca (così Corte EDU, sez. 1, 15.9.2016, Trevisanato c. Italia, in causa n. 32610/07, p.p. 42-44).

E, per quanto detto, l'art. 366 c.p.c. impone che il ricorso debba contenere l'esposizione dei fatti, non che debba anteporre l'esposizione dei fatti alla illustrazione dei motivi: sicché l'interpretazione qui contestata appare nello stesso tempo irrispettosa del divieto di interpretazioni troppo formalistiche, non derivante da un orientamento consolidato, e comunque non univoca.

In secondo luogo, la Corte EDU ha stabilito che viola l'art. 6, p. 1, CEDU, l'organo giudiziario che dichiari inammissibile un'impugnazione perché priva di talune indicazioni, quando quelle indicazioni siano comunque agevolmente desumibili dagli atti sottoposti al giudice (Corte EDU, sez. 2, 18.10.2016, Miessen c. Belgio, in causa n. 31517/12, p.p. 71-73).

Né, ha soggiunto la Corte EDU, a tali principi può derogarsi sol perché a decidere l'impugnazione sia una Corte Suprema, invece che un giudice di merito: ha stabilito, infatti,

[7] A partire dagli anni '90, molti avvocati hanno creduto di poter soddisfare il requisito dell'autosufficienza – sempre più spesso richiamato dalla Corte per giustificare l'inammissibilità del ricorso – attraverso la tecnica dell'inserimento, al suo interno, delle fotocopie di atti, documenti e provvedimenti giudiziari. Con la diffusione dei programmi di videoscrittura e di riconoscimento dei caratteri, la tecnica si è affinata, tanto che la “spillatura” è stata sostituita dal “copia e incolla” del contenuto integrale di atti e documenti. Si è trattato di una scelta infausta, visto che una simile tecnica si pone in contrasto manifesto con il requisito della “sommaria” e quindi riassuntiva esposizione dei fatti di causa. Ciò ha indotto la Corte a dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi così confezionati, sul rilievo che “la pedissequa riproduzione dell'intero, letterale contenuto degli atti processuali è dunque, per un verso, del tutto superflua, non essendo affatto richiesto che si dia meticoloso conto di tutti i momenti nei quali la vicenda processuale s'è articolata; per altro verso, è inidonea a tener il luogo della sintetica esposizione dei fatti, in quanto equivale ad affidare alla Corte, dopo averla costretta a leggere tutto (anche quello di cui non serve affatto che sia informata), la scelta di quanto effettivamente rileva in relazione ai motivi di ricorso”; così, tra le tantissime, Cass. civ., Sez. un., 11/04/2012, n. 5698.

[8] Si veda Cass. civ., sez. I, 14/01/2019 n. 635, ma soprattutto la più volte richiamata Cass. civ. sez. III, 28/06/2018, n. 17036.

Corte EDU, sez. 2, 29.3.2011, RTBF c. Belgio, in causa n. 50084/06, che l'art. 6, p. 1, CEDU, non consente agli organi giudiziari degli Stati membri di dichiarare inammissibile un ricorso per cassazione quando la Corte Suprema sia comunque "messa dal ricorrente in condizione di determinare la base giuridica sulla quale deve procedere al controllo della decisione (impugnata)[9]".

5. Il perdurante contrasto nella giurisprudenza di inizio 2019

Nonostante il notevole lavoro ricostruttivo fatto da Cass. civ., sez. III, 28/06/2018, n. 17036, la permanenza del contrasto nell'interpretazione del requisito in esame continua anche nel 2019.

Cass. civ., sez. II, 07/01/2019, n. 122 ha infatti affermato che il requisito della sommaria esposizione dei fatti di causa è posto, nell'ambito del modello legale del ricorso, non tanto nell'interesse della controparte, quanto in funzione del sindacato che la Corte di Cassazione è chiamata ad esercitare e, quindi, della verifica della fondatezza delle censure proposte. L'esposizione deve avere ad oggetto sia i fatti sostanziali, sia i fatti processuali necessari alla comprensione dei motivi di ricorso. "In altri termini, secondo il «modello legale» apprestato dall'art. 366 c.p.c., la Corte di Cassazione, prima di esaminare i motivi, dev'essere posta in grado, attraverso una riassuntiva esposizione dei fatti, di percepire sia il rapporto giuridico sostanziale originario da cui è scaturita la controversia, sia lo sviluppo della vicenda processuale nei vari gradi di giudizio di merito, in modo da poter procedere poi allo scrutinio dei motivi di ricorso munita delle conoscenze necessarie per valutare se essi siano deducibili e pertinenti; valutazione questa – che è possibile solo se chi esamina i motivi sia stato previamente posto a conoscenza della vicenda sostanziale e processuale in modo complessivo e sommario, mediante una "sintesi" dei fatti che si fondi sulla selezione dei dati rilevanti e sullo scarto di quelli inutili"[10]. Per tale motivo è stata dichiarata l'inammissibilità di un ricorso carente sotto il profilo della ricostruzione dello svolgimento del processo di primo grado, delle motivazioni della sentenza, delle difese delle parti, riportate solo attraverso la mera trascrizione dei dispositivi delle sentenze dei giudici di merito e delle conclusioni delle parti formulate in appello. Appena sette giorni dopo è stata, invece, pubblicata la decisione Cass. civ., sez. I, 14/01/2019 n. 635, la quale si è trovata di fronte ad un ricorso totalmente primo dell'esposizione sommaria dei fatti. La Corte ha affermato, richiamando

anche i principi della CEDU, che il fondamento del requisito de quo "non può essere ravvisato nella necessità di anteporre l'esposizione dei fatti alla illustrazione dei motivi, che darebbe luogo ad una interpretazione troppo rigorosa, in contrasto con la suesposta necessità di evitare interpretazioni eccessivamente formalistiche". Allo stesso tempo "non può tuttavia disconoscersi la necessità di evitare una, del pari inaccettabile, interpretazione abrogante della norma in esame, posta a presidio della funzione di pura legittimità che connota il giudizio di cassazione. Siffatta esigenza postula invero che, nel contesto dell'atto di impugnazione, si rinviengano tutti gli elementi indispensabili perché il giudice di legittimità possa avere, senza dover ricorrere ad altre fonti o atti del processo, ivi compresa la sentenza impugnata, una chiara e completa visione dell'oggetto dell'impugnazione, dello svolgimento del processo e delle posizioni in esso assunte dalle parti. In altri termini, è indispensabile che dal contesto del ricorso sia possibile desumere una conoscenza del «fatto», sostanziale e processuale, sufficiente per intendere correttamente il significato e la portata delle critiche rivolte alla pronuncia oggetto di impugnazione".

6. Conclusioni

Come si vede, il contrasto permane nonostante i richiami ai superiori principi della CEDU, il che deve indurre l'avvocato diligente a tenere un comportamento prudentiale, descrivendo in un apposito paragrafo del ricorso lo svolgimento dei fatti sostanziali e processuali di causa, come peraltro previsto dal *Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria*, adottato il 17 dicembre 2015.

In esso è infatti espressamente previsto che "l'esposizione del fatto deve essere sommaria, in osservanza della regola stabilita dall'art. 366, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., e deve essere funzionale alla percepibilità delle ragioni poste a fondamento delle censure poi sviluppate nella parte motiva. L'esposizione deve essere contenuta nel limite massimo di 5 pagine".

Interessante notare come in base al *Protocollo* vi è uno stretto legame funzionale tra esposizione sommaria del fatto e motivi di impugnazione, legame che, invece, sembra sparire nelle massime espresse dall'orientamento draconiano sopra ricordato, anche successive al 17 dicembre 2015.

Forse, è davvero giunto il momento che la parola torni di nuovo, ed auspicabilmente per l'ultima volta, alle Sezioni Unite.

[9] Così testualmente Cass. civ. sez. III, 28/06/2018, n. 17036.

[10] Si veda anche Cass. civ., sez. III, 29/01/2019 n. 2328.

DECRETO INGIUNTIVO E DECRETO DI ESECUTORIETA'

Brevi note sul rapporto tra decreto ingiuntivo, decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c. e opponibilità al fallimento

di Giacomo Pailli

del 18 febbraio 2019

L'avvocato che cura il recupero del credito per un cliente non sempre ha dimestichezza con la [legge fallimentare](#). All'interno del [r.d. 16 marzo 1942, n. 267](#), tuttavia, si nasconde più di un'insidia. Una di queste, sulla quale ci concentreremo nella presente nota, è relativa al rapporto tra decreto ingiuntivo e fallimento del debitore. In breve: secondo la giurisprudenza il decreto ingiuntivo che non sia munito di decreto di esecutorietà ex [art. 647 c.p.c.](#) emesso prima dell'apertura del fallimento, non è opponibile alla "massa" dei creditori concorsuali; medesima sorte subiscono eventuali atti conservativi compiuti sul patrimonio del debitore sulla base di un decreto provvisoriamente esecutivo, quali l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale[1]. Si comprende fin d'ora la delicatezza della questione, non solo (e non tanto) perché il decreto non opponibile richiede al creditore di dare in altro modo la prova del proprio credito, ma perché partecipare al concorso quale creditore munito di prelazione su un immobile o quale semplice chirografario, può rappresentare la differenza tra recuperare qualcosa o non recuperare alcunché. L'approccio, assai consolidato nella giurisprudenza di merito e di legittimità, pare improntato ad un eccessivo formalismo e dovrebbe essere rimeditato[2]. Vediamo i termini della questione, partendo dal decreto ingiuntivo per pagamento di somma che può essere emesso

([art. 642 c.p.c.](#)) o reso ([art. 648 c.p.c.](#)) provvisoriamente esecutivo, qualora ne sussistano i noti presupposti. Lo studente impara ben presto che il debitore deve proporre l'eventuale opposizione entro il termine perentorio indicato dal giudice nel decreto, di norma 40 giorni dalla notifica ([art. 641 c.p.c.](#)), altrimenti il decreto diviene tendenzialmente definitivo. La definitività ed esecutorietà del decreto – e qui arriviamo ad un punto delicato – non consegue automaticamente alla mancata opposizione, ma richiede un'attività di valutazione della regolarità della notifica e dell'inutile spirare del termine, riservata al giudice che ha emesso il decreto: solo quando tale verifica dà esito positivo, allora il decreto ingiuntivo può essere munito del decreto di esecutorietà ex [art. 647 c.p.c.](#) A norma dell'[art. 656 c.p.c.](#), il decreto definitivo non può più essere impugnato, salvi i casi di revocazione ([art. 395](#), nn. 1, 2, 5 e 6, c.p.c.) o di opposizione di terzo (nell'ipotesi prevista dall'[art. 404, 2° co., c.p.c.](#))[3]. Anche per tale motivo – nel silenzio del Legislatore – in giurisprudenza vi è la consolidata tendenza a stabilire un'equivalenza tra il decreto munito di esecutorietà ex [art. 647 c.p.c.](#) (o esecutivo ex [art. 653 c.p.c.](#)) e la sentenza definitiva; ciò comporta l'estensione al decreto efficacia di giudicato ex [art. 2909 c.c.](#) con copertura del dedotto e il deducibile[4], pur nei limiti di quanto ivi accerta-

[1] Le decisioni in tal senso sono davvero tante. Limitandoci alle ultime: Cassazione civ., [6 febbraio 2018, nn. 2824 e 2819](#); Cassazione civ., [24 ottobre 2017, n. 25191](#); Cassazione civ., [11 ottobre 2017, n. 23775](#); Cassazione civ., [29 febbraio 2016, n. 3987](#); Cassazione civ., [26 marzo 2004, n. 6085](#); Cassazione civ., [13 marzo 2009, n. 6198](#); Cassazione civ., [23 dicembre 2011, n. 28553](#); Cassazione civ., 13 febbraio 2012, n. 2032; Cassazione civ., 17 luglio 2012, n. 12205; Cassazione civ., [11 ottobre 2013, n. 23202](#).

[2] Vi sono sparute sentenze di merito di segno contrario, quale la pronuncia del Trib. Lucca, decreto 26 maggio 2015 annotata da D. Griffini, Decreto ingiuntivo – decreto ingiuntivo non opposto nel termine e fallimento: continua il dibattito, *Giur. It.*, 2015, 11, 2380.

[3] Taluni, pur concordando che il decreto ex [art. 647 c.p.c.](#) non è reclamabile o soggetto ad impugnazione, hanno sostenuto che dovrebbe essere sempre consentito al debitore dimostrare – in un giudizio di opposizione all'esecuzione – che il decreto ex [art. 647 c.p.c.](#) non è stato correttamente concesso, ad esempio per vizi della notifica. *Contra*, E. Gabellini, L'esecutività del decreto ingiuntivo, in [www.amsacta.unibo.it](#), 2013, pp.2-3.

[4] Cfr. Cassazione civ., [24 novembre 2000, n. 15178](#); Cassazione civ., [13 giugno 2000, n. 8026](#); v. anche A. Perez, Il procedimento ex [art. 647 c.p.c.](#), in *Il decreto ingiuntivo*, a cura di M. Iaselli, CEDAM, 2010, p. 441ss.

to[5]. Quanti aderiscono a tale lettura, garantiscono all'accertamento sommario contenuto nel decreto ingiuntivo, efficacia ben maggiore rispetto alla preclusione *pro iudicato* o, comunque, alle soluzioni più caute sostenute da parte autorevole della dottrina[6].

Ai sensi dell'[art. 655 c.p.c.](#), «[i] decreti dichiarati esecutivi a norma degli artt. [642](#), [647](#) e [648](#), e quelli rispetto ai quali è rigettata l'opposizione costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale», oltre che per avviare l'espropriazione ai danni del debitore ingiunto.

Nella prassi, può accadere di frequente che se il decreto ingiuntivo è stato emesso in forma provvisoriamente esecutiva e non viene opposto, il creditore dimentichi di chiedere al giudice del monitorio l'emissione del decreto di esecutorietà ex [art. 647 c.p.c.](#), ritenendolo in pratica un adempimento burocratico inutile. *Caveat creditor!*

Passiamo ora ad esaminare la scena del crimine. L'apertura di una procedura concorsuale apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito (terminologia in breve destinata a mutare per mano del Legislatore). Ciò comporta l'interruzione dei procedimenti di cui sia parte il fallito ([art. 43, 3° comma, L.F.](#)) e la necessità di accertare tutti i crediti concorsuali mediante la procedura di formazione dello stato passivo ([art. 52](#) e [art. 92](#)F647 ss. L.F.) attribuita alla competenza (funzionale) del giudice fallimentare, nel c.d. *forum concursus*.

A questo punto il nostro creditore, che ha in mano un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e, non è da tutti, ha pure iscritto un'ipoteca giudiziale sui beni immobili del debitore poi fallito, invia con mano sicura una domanda di insinuazione al passivo del fallimento, chiedendo l'ammissione di credito, interessi, compensi del legale e spese di iscrizione di ipoteca, il tutto con privilegio ipotecario. La risposta del curatore, poi confermata dal giudice delegato del fallimento, fa svanire il sorriso dalle labbra del creditore e dona un improvviso pallore al viso del legale che sente scricchiolare sotto di sé le assi della polizza di responsabilità professionale. Cosa è successo?

È successo che il curatore ha seguito pedissequamente una or-

mai cristallizzata giurisprudenza che sancisce l'inopponibilità alla massa dei creditori, al fallimento, del decreto ingiuntivo privo di decreto di esecutorietà ex [art. 647 c.p.c.](#) Per tale motivo, ritenendo non opponibile tanto il decreto, quanto gli atti conservativi compiuti su tale base, il curatore ha proposto l'ammissione del credito semplicemente in chirografo. A niente, purtroppo, è servita la corsa del legale che ha dato il tormento al giudice del monitorio per ottenere, *in extremis*, l'emissione del decreto ex [art. 647 c.p.c.](#) da produrre in sede di osservazioni alla proposta del curatore ex [art. 95 L.F.](#) Il giudice delegato del fallimento accoglie la proposta del Curatore, giacché – insegna una giurisprudenza granitica – l'opponibilità al fallimento si ha solo se il decreto ex [art. 647 c.p.c.](#) è stato emesso *prima* della dichiarazione di fallimento.

Il severo principio è stato da ultimo ribadito dalla Corte di cassazione nella sentenza 3 settembre 2018, n. 21583: «Secondo una giurisprudenza consolidata, da cui il Collegio non intende discostarsi, il decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di giudicato formale e sostanziale solo nel momento in cui il giudice, dopo averne controllato la notificazione, lo dichiara esecutivo ai sensi dell'[art. 647 c.p.c.](#) Tale funzione si differenzia da quella affidata al cancelliere dall'[art. 124](#) o dall'[art. 153](#) disp. att. c.p.c. e consiste in una vera e propria attività giurisdizionale di verifica del contraddittorio che si pone come ultimo atto del giudice all'interno del processo d'ingiunzione e a cui non può surrogarsi il giudice delegato in sede di accertamento del passivo. Ne consegue che il decreto ingiuntivo, non munito, prima della dichiarazione di fallimento, di esecutorietà, non è passato in cosa giudicata formale e sostanziale e non è opponibile al fallimento, neppure nell'ipotesi in cui il decreto ex [art. 647 c.p.c.](#), venga emesso successivamente, tenuto conto del fatto che, intervenuto il fallimento, ogni credito deve essere accertato nel concorso dei creditori ai sensi dell'[art. 52 L. Fall.](#) (Cass. [24 gennaio 2018, n. 1774](#); Cass. [24 ottobre 2017, n. 25191](#); Cass. [27 gennaio 2014, n. 1650](#); Cass. [31 gennaio 2014, n. 2112](#); cfr. pure: Cass. [11 ottobre 2013, n. 23202](#); Cass. [23 dicembre 2011, n. 28553](#); Cass. [13 marzo 2009, n. 6198](#); Cass. [26 marzo 2004, n. 6085](#))»[7].

[5] Il giudicato non copre, invece, il rigetto delle domande del creditore. Dopo qualche ondeggiamento circa il possibile operare del giudicato in caso di rigetto parziale, il principio, che è codificato nell'[art. 640 c.p.c.](#), appare ormai consolidato. Cfr. M. Cataldi, Il procedimento monitorio e l'opposizione al decreto ingiuntivo, Giuffrè, 2006, pp. 558ss; D. Volpino, Rigetto parziale della domanda monitoria e limiti oggettivi del giudicato (nota a Cassazione civ., [16 novembre 2006, n. 24373](#)), Nuova Giur. Civ., 2007, 9, 11026.

[6] Tra tutti, E. Redenti, Diritto processuale civile, 2ed., Giuffrè, 1954 vol III, p. 26-27; così ci pare anche A. Ronco, Procedimento per decreto ingiuntivo, in I procedimenti sommari e speciali (Chiarloni-Consolo ed.), UTET, pp. 524ss.; G. Arieta, Trattato di diritto processuale, 2 ed., vol. X, CEDAM, p. 24

[7] Nella vicenda di cui alla sentenza citata, era stato tentato anche un ulteriore argomento che – tuttavia – non persuade la Corte. Vale la pena riportare il passo: «Il terzo mezzo oppone la violazione dell'[art. 1, primo protocollo addizionale CEDU](#). Muovendo dal rilievo per cui la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo accorda tutela alla legittima aspettativa consistente nel diritto di credito, l'istante osserva come tale aspettativa sia stata indotta dall'opponibilità al debitore del decreto ingiuntivo e dal riconoscimento della prelazione ipotecaria. (...)

Secondo i giudici di legittimità per aversi l'effetto di stabilità è necessaria l'emissione del decreto ex [art. 647 c.p.c.](#), che acquista quindi un'efficacia costitutiva, poiché tale operazione comporta una verifica ad opera del giudice del monitorio non meramente formale, ma di rispetto del principio del contraddittorio, ossia che il decreto ingiuntivo è stato correttamente notificato e che il termine per proporre opposizione è spirato inutilmente. Senza tale verifica, per la Corte il decreto rimane in uno stato di sospensione che impedisce di considerarlo – nell'ambito della procedura fallimentare – alla stregua della sentenza non ancora passata in giudicato ex [art. 96, 2° comma, n. 3, L.F.](#)[8]

La giurisprudenza, peraltro, si divide in punta di fioretto su una questione. Una parte della giurisprudenza ritiene che il decreto non tempestivamente opposto abbia rilevanza di giudicato, sì formale, ma meramente interno, non sostanziale; altra parte, criticando la scissione tra giudicato formale e giudicato sostanziale, sostiene semplicemente la mera rilevanza interna, endo-processuale, del decreto non opposto, ma non ancora fornito di esecutorietà ex [art. 647 c.p.c.](#), nel senso che precluderebbe al debitore di proporre l'opposizio-

ne[9]. Si tratta, comunque, di una mera rilevanza interna tra le parti, inopponibile ai terzi, tra i quali rientra pacificamente la massa dei creditori concorsuali.

Anche a voler ammettere che la stabilità formale e sostanziale del decreto dipenda in qualche modo dalla verifica di cui al decreto ex [art. 647 c.p.c.](#)[10], non convince lo sviluppo consequenziale secondo cui, una volta aperto il fallimento, da un lato sarebbe inopponibile la verifica compiuta dal giudice del monitorio, perché l'accertamento di tutti i crediti è attratto ex [art. 52 L.F.](#) nel foro fallimentare; mentre dall'altro al giudice delegato sarebbe inibito il medesimo accertamento, poiché atto endo-processuale di competenza esclusiva proprio del giudice del monitorio[11]. Un vero e proprio circolo vizioso, del quale fa le spese il solerte, ma sbadato, creditore[12]. Posto che la notifica sia stata eseguita correttamente e che il termine per proporre opposizione sia scaduto precedentemente alla dichiarazione di fallimento, non si vede un reale ostacolo per consentire l'emissione, in costanza di fallimento, del decreto ex [art. 647 c.p.c.](#) da parte del giudice del monitorio, che certifichi la sussistenza dei requisiti (notifica valida e mancata opposizione) in data anteriore alla di-

[8] Cassazione civ., [11 ottobre 2013, n. 23202](#): «Appare quindi conforme a diritto l'affermazione di inopponibilità contenuta nel provvedimento impugnato; dovendosi ribadire che il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato sostanziale, idoneo a costituire titolo inoppugnabile per l'ammissione al passivo, soltanto a seguito della dichiarazione di esecutività ai sensi dell'[art. 647 cod. proc. civ.](#): non essendo equiparabile, sotto questo profilo, alla sentenza non irrevocabile ([L. Fall., art. 96, comma 2, n. 3](#); già [L. Fall., art. 95, comma 3](#)), che esige il gravame del curatore ove questi non intenda ammettere al passivo la somma da essa portata, stante la sommarietà dell'accertamento del credito propria del rito monitorio, in contrapposizione alla cognizione piena del processo ordinario (Cass., sez. 3, [20 Marzo 2006, n. 6098](#); Cass., sez. 1, [1 Aprile 2005, n. 6918](#); Cass., sez. 1, [22 Settembre 1997, n. 9346](#)); così anche Cass. [n. 21583/2018](#), cit. *Contra*, E. Garbagnati, Il procedimento d'ingiunzione, Giuffrè, 1991, p. 259.

[9] In quest'ultimo senso, Cassazione civ., [31 gennaio 2014, n. 2112](#). Ricostruisce sinteticamente ma efficacemente il contrasto, D. Griffini, Decreto ingiuntivo – decreto ingiuntivo non opposto nel termine e fallimento: continua il dibattito (nota a Trib. Lucca, decreto 26 maggio 2015), *Giur. It.*, 2015, 11, 2380.

[10] La posizione della giurisprudenza non trova grande consenso in dottrina. Cfr. A. Ronco, Procedimento per decreto ingiuntivo, in I procedimenti sommari e speciali, a cura di Chiarloni-Consolo, UTET, p. 384: «nonostante l'infelice lettera della norma, il provvedimento di esecutorietà non condiziona l'inattaccabilità del decreto, la quale consegue autonomamente e direttamente all'inattività dell'opponente». Così anche P. Pajardi, Il procedimento monitorio, Pirola, 1991, p. 100: «l'efficacia di cosa giudicata sostanziale nasce puramente e semplicemente in seguito allo spirare del termine per l'opposizione non proposta o del termine per la costituzione non avvenuta, a prescindere dalla dichiarazione di esecutività»; e E. Garbagnati, Il procedimento d'ingiunzione, Giuffrè, 1991, p. 123, osserva che «il provvedimento giurisdizionale contemplato dal primo comma dell'art. 647 non è ... puramente dichiarativo, ma dichiarativo-costitutivo» quanto all'efficacia esecutiva, così non è per l'efficacia di giudicato, atteso che «non mi sembra invece che anche il passaggio in cosa giudicata del decreto d'ingiunzione presupponga la pronuncia del decreto, di cui all'art. 647, poiché l'opposizione ordinaria rimane definitivamente preclusa, con la scadenza del termine fissato nel decreto a' sensi dell'art. 641 ..., ed è quindi in quel momento che il decreto d'ingiunzione, non soggetto ad opposizione tardiva, acquista efficacia pari a quella di una sentenza di condanna formalmente passata in giudicato». Ivi, p. 123 in nota. Così anche Gabellini, L'esecutività del decreto ingiuntivo, in [www.amsacta.unibo.it](#), 2013, p. 2. Per E. Rendenti, *Diritto processuale civile*, vol. III, 2ed., Giuffrè, 1954, p. 26, addirittura, nel caso di decreto provvisoriamente esecutivo, una volta che sia spirato il termine di opposizione «non è più necessaria neanche la formalità dell'art. 647». Secondo R. Conte, Decreto ingiuntivo, provvedimento ex [art. 647 c.p.c.](#) e fallimento dell'intimato (nota a Cass., [27 gennaio 2014, n. 1650](#)), in *Giur. It.*, 2014, 11, il provvedimento ex [art. 647 c.p.c.](#) ha natura dichiarativa. V. anche R. Conte, Procedimento d'ingiunzione, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2012, pp. 452ss.

[11] Cassazione civ., [11 ottobre 2013, n. 23202](#): «Per giurisprudenza consolidata di questa Corte non è ammissibile l'accertamento incidentale, in sede fallimentare, dell'esecutività definitiva del decreto ingiuntivo che sia tuttora sprovvisto del visto di esecutorietà ai sensi dell'[art. 647 cod. proc. Civ.](#) (Cass., Sez. 6-1, [23 dicembre 2011 n. 28553](#); Cass., sez. 1, [13 marzo 2009 n. 6198](#); Cass., sez. 1, [26 marzo 2004 n. 6085](#))».

[12] Nel medesimo senso, R. Conte, Decreto ingiuntivo, provvedimento ex [art. 647 c.p.c.](#) e fallimento dell'intimato (nota a Cass., [27 gennaio 2014, n. 1650](#)), in *Giur. It.*, 2014, 11.

chiarazione[13]. Come rileva correttamente Riccardo Conte, la giurisprudenza confonde due piani: quello del necessario accertamento concorsuale dei crediti ex [art. 52 L.F.](#), al quale devono sottostare anche le sentenze passate in giudicato; e quello della definitività del decreto ingiuntivo che invece viene accertato nelle forme di cui all'[art. 647 c.p.c.](#)[14] Inoltre, come condivisibilmente osservato da altri, un conto è la stabilità dell'accertamento del decreto ingiuntivo, che – posta una notifica corretta – consegue all'inutile decorso del termine per proporre opposizione; un altro è la questione della efficacia a fini esecutivi che non riguarda il fallimento (nei confronti del quale non è possibile l'esecuzione) e che, in ipotesi di decreto provvisoriamente esecutivo, la verifica ex [art. 647 c.p.c.](#) non fa altro che mutare da provvisoria in definitiva.

Quanto al terzo motivo, esso va disatteso, al pari dei primi due ... il richiamo al cit. [art. 1 del primo protocollo CEDU](#) non si mostra ... risolutivo. Tale norma ha ad oggetto la protezione della proprietà e si limita a stabilire: che ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni; che nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale; che tali disposizioni non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende. Vero è che la sentenza della Corte EDU 4 febbraio 2014, Ceni c. Italia, richiamata nel corpo

del motivo, chiarisce che la nozione di “beni” può riguardare sia “beni effettivamente esistenti” che valori patrimoniali, compresi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può aspirare ad avere almeno una aspettativa legittima; ma è altrettanto vero che, come ricorda detta pronuncia, l'aspettativa legittima di poter continuare a godere di un bene deve poggiare su una “base sufficiente nel diritto interno”: il che si verifica, ad esempio, quando l'aspettativa è confermata da una consolidata giurisprudenza, o quando essa è fondata su una disposizione legislativa o su un atto legale riguardante l'interesse patrimoniale in questione (sent. cit., 39). Ebbene, nel caso in esame la suddetta aspettativa della ricorrente di soddisfare il proprio credito non è anzitutto esclusa dalla ammissione dello stesso in chirografo; ma, soprattutto, il radicarsi di una legittima aspettativa della società istante quanto all'insinuazione del credito in via privilegiata è negata da una giurisprudenza ultradecennale della Corte di legittimità, che è pacificamente orientata nel senso di cui si è detto (evenienza, questa, sicuramente decisiva avendo proprio riguardo ai principi menzionati nella citata sentenza della Corte EDU)». Se il rigetto è probabilmente condivisibile, la motivazione offerta non appare impeccabile: ben potrebbe, infatti, un diritto essere violato proprio da una «giurisprudenza ultradecennale della Corte di legittimità». Al contrario, è l'esistenza del meccanismo ex [art. 647 c.p.c.](#) che esclude la violazione dell'[art. 1 del Protocollo](#), giacché al creditore è comunque concesso un metodo – per quanto farraginoso e criticabile – per rendere (sicuramente e definitivamente) il decreto opponibile al fallimento.

[13] Per G. Parisi, Brevi note sul rapporto tra decreto ingiuntivo non opposto e fallimento (nota a Cassazione civ., [31 gennaio 2014, n. 2112](#) e Trib. Treviso, decreto 22 maggio 2013), Dir. Fall., 2014, 6, 20592, ed E. Gabellini, L'esecutività del decreto ingiuntivo, in [www.amsacta.unibo.it](#), 2013, pp. 8-9, il decreto sarebbe opponibile al fallimento non allo scadere del termine per opposizione, ma allo scadere del termine per proporre revocazione ordinaria ex [art. 395 c.p.c.](#) nei confronti del decreto stesso.

[14] R. Conte, Decreto ingiuntivo, provvedimento ex [art. 647 c.p.c.](#) e fallimento dell'intimato (nota a Cass., [27 gennaio 2014, n. 1650](#)), in Giur. It., 2014, 11. Un trattamento differente lo riceve il caso in cui il debitore abbia proposto l'opposizione, ma questa si sia estinta in data precedente alla dichiarazione di fallimento. In tale caso, ove il termine perentorio di dieci giorni (ex artt. [308](#) e [178 c.p.c.](#)) per proporre reclamo nei confronti dell'ordinanza di estinzione sia scaduto precedentemente all'apertura del fallimento, il decreto acquista automaticamente efficacia esecutiva ex [art. 653 c.p.c.](#) ed è quindi opponibile alla massa (Cassazione civ., [29 febbraio 2016, n. 3987](#)). La *ratio* della norma è che la proposizione dell'opposizione dimostra – almeno entro un certo limite – che il debitore non solo ha avuto notizia del procedimento monitorio ma ha pure esercitato i propri diritti di difesa, salvo poi determinare l'estinzione del procedimento per propria inerzia.

PROCEDIMENTO DI OPPOSIZIONE EX ART. 2797 C.C.

Sulla natura del procedimento di opposizione ex art. 2797 c.c. alla vendita della cosa data in pegno. Nota a Cass. civ. Sez. VI/3, 21 settembre 2018, n. 17268

di Massimiliano Bina

del 19 febbraio 2019

Sommario

1. Il principio di diritto affermato dalla Corte
2. Gli argomenti a sostegno della diversa natura dell'opposizione ex art. 2797 c.c. e dell'opposizione all'esecuzione
3. L'opposizione all'esecuzione come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva

1. Il principio di diritto affermato dalla Corte

Cass. civ. Sez. VI/3, 21 settembre 2018, n. 17268

L'[art. 2797 c.c.](#) dispone che prima di procedere alla vendita della cosa data in pegno il creditore, a mezzo di ufficiale giudiziario, deve intimare al debitore di pagare il debito e gli accessori, avvertendolo che, in difetto, procederà alla vendita. Se entro cinque giorni dall'intimazione non è proposta opposizione, o se l'opposizione è rigettata, il creditore può far vendere il bene oppignorato al pubblico incanto o, se la cosa ha un prezzo di mercato, a mezzo di persona autorizzata a compiere tali atti.

La legge nulla dice sulla natura del giudizio di opposizione previsto dall'[art. 2797, 2° comma, c.c.](#) che veniva tradizionalmente inquadrato come un giudizio ordinario di cognizione^[1], attraverso il quale potevano essere dedotte questioni di merito, relative all'esistenza del diritto a tutela del quale si procede^[2]; e di rito, relative al rispetto delle forme dell'inti-

mazione^[3], o delle regole procedurali disciplinanti le modalità di vendita del bene concordate con le parti^[4].

Con il *leading case* costituito da Cass. [29.09.2008, n. 21908](#)^[5], confermato qualche mese dopo da Cass. [14.11.2008, n. 27266](#)^[6], la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, invece, che l'opposizione promossa dal debitore che subisce la pretesa esecutiva – ordinaria o in autotutela – è sempre qualificabile come un'opposizione all'esecuzione non ancora iniziata e, per ciò solo, deve essere assoggettata alla disciplina processuale previsto per l'opposizione dell'[art. 615 c.p.c.](#)

Un decennio dopo il *revirement* del 2008, la Corte ha riaffermato il principio che l'opposizione alla vendita della cosa data in pegno ha natura sostanziale di opposizione all'esecuzione. La sentenza del [02.07.2018, n. 17268](#) conferma, quindi, che il giudizio previsto dall'[art. 2797 c.c.](#) è riconducibile all'opposizione all'esecuzione prevista dall'[art. 615 c.p.c.](#)

[1] Costantino, *Note sulle forme di tutela espropriative dei crediti assistiti da garanzie mobiliari specifiche*, in *Foro it.*, 1984, I, 1720.

[2] Cass., [14.11.2008, n. 27266](#); Cass., [24.11.1998, n. 11893](#).

[3] Tarzia, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 21 e seg., nota 49; Gorla-Zanelli, *Del Pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, 130.

[4] Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 135.

[5] La sentenza è pubblicata in *Giur.it.* 2009, 5, 1199; in *Riv.dir.proc.* 2009, p. 1045 ss., con nota di Bina, *La disciplina degli artt. 615 ss. c.p.c. come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva*; in *Riv. Esec. Forzata*, 2009, 1 con nota di Salvioni, *Natura e regime processuale del giudizio di opposizione alla vendita di beni costituiti in pegno*.

[6] La sentenza predetta ha ritenuto legittima la proposizione, da parte del debitore, di questioni non soltanto di rito, ma anche di merito, con riferimento al diritto *ex adverso* azionato, così assoggettando la causa al regime dell'opposizione all'esecuzione di cui all'[art. 615 cod. proc. civ.](#), e non al più restrittivo regime previsto per l'opposizione agli atti esecutivi dall'[art. 617 cod. proc. civ.](#)

ed è perciò soggetta alle stesse regole processuali: dieci anni or sono, la Cassazione aveva affermato l'impugnabilità della sentenza soltanto con il ricorso per cassazione, nel vigore dell'[art. 616 c.p.c.](#) come risultante dall'[art. 14, l. 24 febbraio 2006, n. 52](#) che aveva introdotto la previsione dell'impugnabilità della sentenza; oggi la Corte ha concluso nel senso dell'inammissibilità del ricorso per Cassazione, a fronte del disposto dell'[art. 49, l. 18 giugno 2009, n. 69](#) che ha riportato la norma dell'[art. 616 c.p.c.](#) al suo testo originario[7].

2. Gli argomenti a sostegno della diversa natura dell'opposizione ex art. 2797 c.c. e dell'opposizione all'esecuzione

La tesi tradizionale, che porta ad inquadrare l'opposizione ex art. 2797, 2° comma, c.c. come un giudizio ordinario, trova conforto in due argomenti.

In primo luogo, si è sostenuto che il procedimento previsto dall'[art. 2797, 2° comma, cod.civ.](#) non possa essere qualificato un'opposizione all'esecuzione perché l'attività posta in essere dal titolare del diritto di pegno, ex art. 2796 c.c., non è inquadrabile come una «esecuzione forzata», non essendo necessario il possesso del titolo esecutivo[8]. Qualora, invece, il creditore volesse utilizzare le forme dell'[art. 502 c.p.c.](#), allora il titolo esecutivo sarebbe necessario, la pretesa del creditore sarebbe inquadrabile come una esecuzione forzata e l'opposizione del debitore ben potrebbe essere ricondotta nell'alveo delle opposizioni esecutive. L'argomento non è decisivo: il titolo necessario per legittimare il potere esecutivo del creditore ben può essere rappresentato dal contratto di pegno, costituendo quest'ultimo uno degli atti cui la legge

attribuisce espressamente efficacia esecutiva[9]; in ogni caso, si è osservato che il fatto che il creditore possa procedere alla vendita forzata nelle forme speciali previste dal codice civile anche in assenza di un titolo esecutivo, non è un elemento idoneo ad incidere sulla qualificazione del nostro procedimento quale giudizio ordinario, oppure come una opposizione all'esecuzione[10].

In secondo luogo, si è rilevato che l'opposizione all'intimazione di pagamento e l'opposizione all'esecuzione presentano «differenze strutturali assai profonde e sufficientemente marcate... per escluderne l'intercambiabilità»[11]. Tali differenze strutturali riguardano: la diversità dei termini per proporre l'azione; il *modus operandi* dell'effetto sospensivo sulla vendita; la variabilità dell'oggetto del giudizio tipica della opposizione dell'[art. 2797, 2° comma, c.c.](#), e del giudizio di cognizione ordinario, ma del tutto estranea al sistema delle opposizioni all'esecuzione. Anche questo argomento non pare decisivo, atteso che: quando la legge ha voluto individuare il processo ordinario di cognizione come modello di riferimento da applicarsi in via analogica lo ha fatto[12]; il «profilo dinamico» dell'opposizione alla vendita del bene pignorato prevista dall'[art. 2797, 2° comma, c.c.](#) ben può sovrapporsi a quello dell'opposizione all'esecuzione non ancora iniziata, previsto dall'[art. 615, 1° comma, c.p.c.](#)[13]. L'[art. 2796 c.c.](#), infatti, nel consentire al creditore di «far vendere» il bene oppignorato, allude ad una vendita forzata; mentre l'intimazione di pagamento prevista dall'[art. 2797, 2° comma, c.c.](#), risultando del tutto equiparabile al precetto, non può costituire il momento iniziale dell'espropriazione[14].

In giurisprudenza, Cass. [06.07.1993, n.7373](#), in *Giust. civ.*

[7] Sul regime di impugnabilità della sentenza che decide l'opposizione all'esecuzione, v. Cass. [10.12.2015, n. 24920](#); Cass. [02.07.2015, n. 13628](#); Cass. [17.08.2011, n. 17321](#); Cass. [30.06.2011, n. 14502](#); Cass. [06.06.2011, n. 12165](#); Cass. [30.04.2011, n. 9591](#); Cass. [21.01.2011, n. 1402](#).

[8] In dottrina, cfr. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., Napoli 1957, 196; Balbi, *Autotutela del creditore pignorato e concorso dei creditori*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, vol. II, Milano 1995, 626; Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano 1984, 134; Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, 10ª ed., Padova 2006, 259; Gorla, Zanelli, *Del pegno e delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, 4ª ed., Bologna-Roma 1992, 126; Protetti, *Vendita di cosa avuta in pegno*, in *Giur. agr. it.* 1965, 589; Realmonte, *Tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato dir. da Rescigno*, 2ª ed., vol. XIX, tomo 1º, Torino 1997, 845.

[9] V. Cass. [29/09/2008, n. 21908](#), cit. che osserva che i requisiti contenutistici prescritti dall'[art. 2787 cod.civ.](#) (forma scritta e indicazione del credito) sono identici a quelli prescritti dall'[art. 474, 1° comma, cod.proc.civ.](#) *Contra*, con argomenti convincenti, Salvioni, *op. cit.*, §2.

[10] Cass. [29.09.2008, n. 21908](#), cit.

[11] Così, Salvioni, *op. cit.*, §3

[12] Cfr. Cass. [01.09.1987, n. 7179](#), in *Giust. civ. Mass.* 1987 e Cass. [16.06.1979, n. 3383](#), in *Giust. civ. mass.* 1979, che così hanno argomentato per escludere che l'opposizione ex [art. 2797, 2° comma, c.c.](#) possa essere equiparata ad un'opposizione a decreto ingiuntivo.

[13] In questi termini, v. Cass. [29.09.2008, n. 21908](#), cit. La dottrina spesso utilizza un tale argomento v. Campeis, De Pauli, *Le esecuzioni civili*, 4ª ed., Milano 2007, 464; Lombardini, *Considerazioni sull'autotutela esecutiva e sulla tutela cautelare per la vendita del pegno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1140; Montesano, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli 1957, 97 ss., spec. 101.

[14] In questo senso, Balbi, *op. cit.*, 632 e 634, ove ritiene che il momento di inizio dell'espropriazione forzata del bene oppignorato debba individuarsi nell'istanza di vendita. *Contra*: Castoro, *op. cit.*, 254; Rubino, *op. cit.*, 260, secondo i quali il momento d'inizio dell'espropriazione è rappresentato dalla notificazione del precetto. Sul problema cfr., in generale, Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione. Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milano 1992.

Mass.1993, 1119; Cass. [10.08.1973, n. 2332](#), in *Riv.dir. proc.* 1974, 638; Cass. [24.06.1963, n. 1711](#), in *Foro it.* 1963, I, 1905; Cass. [13.06.1956, n. 2051](#), in *Banca Borsa e titoli di credito* 1957, II, 3 ss. *Contra*, Rubino, *Il pegno*, in *Trattato Vassalli*, vol. XIV, Torino 1956, n.63, p. 260, che ritiene debbano applicarsi per analogia le norme sull'esecuzione forzata.

3. L'opposizione all'esecuzione come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva

L'opposizione all'esecuzione come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva.

Non vi è dubbio che sul piano strutturale il procedimento di vendita del bene oppignorato (ma anche quello [ex art. 1211 c.c.](#) e quello dell'[art. 2756, 3° comma, c.c.](#)) sia diverso da quello di espropriazione forzata: non occorre un titolo esecutivo; non esiste un giudice dell'esecuzione; il procedimento di vendita può essere diverso da quello codicistico, se le forme sono consensualmente determinate[15]. Parimenti, non si può che convenire sul fatto che il giudizio ordinario di opposizione alla vendita del bene oppignorato è, sul piano strutturale, diverso da una opposizione all'esecuzione.

Lo scopo di una indagine sulla «natura» di un procedimento, tuttavia, si risolve, in ultima analisi, nell'individuare un modello di processo di riferimento che contenga le norme generali da applicare quando la disciplina speciale nulla dispone: in altre parole, quando ci si interroga sulla natura dell'opposizione alla vendita del bene oppignorato, si vuole individuare il modello standard di processo le cui regole possono trovare applicazione tutte le volte in cui la legge non disponga altrimenti. Se così è, si ritiene che il problema predetto non possa essere risolto sottolineando differenze strutturali tra diversi procedimenti, ma occorra fare riferimento a profili più generali che ci consentano di riunire due o più processi, diversamente disciplinati, entro una categoria più ampia, in ragione della identità della loro «natura».

In questa prospettiva, possiamo osservare che tra i procedimenti di cognizione, nei quali il giudice è chiamato a decidere dell'esistenza di diritti soggettivi, esiste una specie costi-

tuita dalle opposizioni all'esecuzione in cui il giudice decide dell'esistenza del potere esecutivo e della legittimità delle forme del suo esercizio. Questi processi di cognizione, a differenza di quello ordinario che ha ad oggetto l'esistenza di diritti sostanziali, hanno un contenuto strettamente processuale, atteso che il giudice deve accertare l'esistenza del potere di un soggetto (creditore, nelle ipotesi di autotutela esecutiva; o organo dello Stato, nelle ipotesi in cui si ricorra al procedimento di esecuzione forzata) di intervenire nella sfera giuridica altrui, al fine rimuovere gli ostacoli materiali al soddisfacimento del diritto di chi si afferma essere creditore. La dottrina, per suo conto, ha sottolineato il parallelo e la stretta analogia, sia sul piano funzionale, che su quello strutturale[16], tra la situazione giuridica propria del creditore che agisce in autotutela e di quello che si avvale del processo esecutivo. Sul piano funzionale, si è evidenziato che lo scopo dei due procedimenti è sempre quello di ottenere la soddisfazione coattiva del credito[17]. Sul piano strutturale, si è rilevato che il creditore che agisce in autotutela è certamente titolare di un potere, al pari del soggetto titolare dell'azione[18]; che il controllo giurisdizionale appare tanto stringente, quanto quello previsto per l'esecuzione forzata ordinaria; che entrambe le forme procedurali prevedono che la vendita avvenga con l'intervento di un organo pubblico, con la conseguente instaurazione di un rapporto (tra creditore ed organo pubblico incaricato delle operazioni di vendita) che viene spesso definito in termini processuali[19]. Approfondendo, poi, le caratteristiche proprie della situazione giuridica soggettiva facente capo al creditore che agisce in autotutela, si è osservato che questa costituisce una delle forme attraverso le quali è possibile ottenere la soddisfazione coattiva del credito pecuniario[20], a fronte dell'illegittima resistenza del debitore ed indipendentemente dalla sua volontà. In estrema sintesi, tra le diverse opzioni possibili – attribuzione di un potere sostanziale, immediatamente esercitabile nella sfera giuridica del debitore, o strumentale, mediato – il potere di far vendere un bene del debitore, può essere esercitato attraverso del regole del procedimento di esecuzione forzata

[15]) Salvioni, *op. cit.*, §3; Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, cit., 134 s.; Gorla, Zanelli, *op. cit.*, 128 ss.; Tarzia, *op. cit.*, 21 e nota (49). In giurisprudenza: Cass. [21.07.1977, n. 3261](#), cit.; Cass. [11.08.1987, n. 6894](#), in *Giust. Civ.* 1988, I, 2084 (in motivazione); Trib. S. Maria Capua Vetere, 06.02.1998, in *Gius* 1998, 2647.

[16]) Tarzia, *op. cit.*, 21. *Contra*, Allorio, *Diritto processuale tributario*, 3°ed., Milano 1955, pp. 33, 166.

[17]) Tarzia, *op. cit.*, 21; Montesano, *op. cit.*, 94.

[18]) Tarzia, *op. cit.*, 21, che sottolinea come esso si contrapponga all'ipotesi dell'esecuzione penale ed amministrativa, ove il Pubblico Ministero e la pubblica amministrazione sono titolare di una posizione di dovere.

[19]) Tarzia, *op. cit.*, 21 s.

[20]) Cfr. Montesano, *op. cit.*, 86-92, 96, che ritiene legittima l'opzione dell'autotutela solamente per la tutela coattiva di crediti pecuniari, non per i crediti di consegna, fare o non fare, la cui natura impone l'intervento dell'organo giurisdizionale necessario per limitare il diritto assoluto del debitore.

previsto dal libro III del codice di procedura civile, oppure può essere attuato con forme estranee al predetto processo [21]. In ogni caso, si tratta pur sempre dell'esercizio da parte del creditore di un potere strumentale al soddisfacimento del proprio diritto, che non varia in funzione delle modalità della sua attuazione.

Da queste considerazioni è possibile desumere l'identità di «natura» tra l'opposizione dell'[art. 2797 c.c.](#) e quella dell'[art. 615 c.p.c.](#): in entrambe i processi il giudice ha il potere di decidere dell'esistenza del potere esecutivo. Insom-

ma, vi saranno pure delle differenze strutturali tra opposizione all'esecuzione ed opposizione alla vendita del bene oppignorato, resta il fatto che il l'attività posta in essere dal giudice delle due opposizioni è la medesima, risolvendosi nell'accertamento di un diritto prettamente processuale.

Pare più corretto, pertanto, come ha fatto la giurisprudenza di legittimità, individuare il modello standard dell'opposizione all'intimazione di vendita del bene oppignorato nell'opposizione all'esecuzione, piuttosto che nel processo ordinario di cognizione.

[21]) Montesano, *op. cit.*, 95. Inquadra il fenomeno nel più ampio fenomeno di degiurisdizionalizzazione dell'esecuzione forzata Bongiorno, *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 750; Lombardini, *op. cit.*, 1136

FINANZIAMENTI DEI SOCI

Riflessioni sull'applicazione dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni. Nota a Cass. civ. Sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291

di Emanuele Caimi

del 20 febbraio 2019

Sommario

- I. L'estensione dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni di "modeste dimensioni"
- II. Quale limite alla discrezionalità applicativa?

I. L'estensione dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni di «modeste dimensioni».

Cass. civ. Sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291

Vi è una evidente tensione tra la scelta del legislatore di ridurre il capitale sociale minimo in tema di società di capitali[1] e l'affermazione dell'applicabilità in via analogica dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni[2].

In effetti, l'applicabilità della regola della postergazione anche alle società per azioni di "modeste dimensioni" pare contribuire al contenimento del rischio di traslazione dell'insolvenza a danno dei creditori sociali, tenuto conto del fatto che il capitale societario (fatta eccezione per il settore bancario e finanziario[3]) perde progressivamente centralità ed importanza[4].

In senso affermativo all'estensione *de qua* si è pronunciata la Suprema Corte di Cassazione, I Sezione Civile, sentenza [20 giugno 2018, n. 16291](#), la quale, pur accolta con favore dai

primi commentatori[5] e pur nel lodevole intento di tutelare l'adeguatezza del patrimonio netto, suscita qualche riserva. Già in precedenza, la Suprema Corte aveva affermato che il tipo "*di società non può essere di per sé ostativo all'applicazione della norma dettata dall'art. 2467 c.c. ma occorre verificare in concreto se una determinata società esprima un assetto dei rapporti sociali idoneo a giustificarne l'applicazione*"[6], ritenendo a tal fine necessario un accertamento sull'assetto "*dei rapporti sociali*" esistenti nella fattispecie concreta.

Tra i giudici di merito, per la verità, non sono mancate pronunce successive in direzione opposta, fra le quali spicca quella del Tribunale di Milano, che ha addotto argomentazioni piuttosto persuasive avverso l'esistenza dei presupposti per l'applicazione estensiva o analogica dell'articolo trattato alle società per azioni[7].

In ogni modo, nel giugno 2018 la Suprema Corte ha riaffer-

[1] Si pensi all'introduzione della società a responsabilità limitata semplificata con capitale di un euro, ovvero alla società a responsabilità limitata a capitale ridotto ed ancora alla drastica riduzione del capitale sociale minimo della società per azioni operato dal cosiddetto decreto competitività del 24 giugno 2014.

[2] Cfr. Carestia, *Sub. 2467 c.c.*, in Lo Cascio, *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 75: "*in relazione alla mancata previsione di analogia disciplina per le società per azioni, sicuramente l'interprete sarà chiamato a riempire gli ampi spazi che potranno delinearsi, non trascurando la possibilità di un'applicazione analogica che supplisca alla mancata formulazione di un rinvio della disposizione in commento*".

[3] Ove per esempio il capitale minimo per gli operatori ex [art. 106 T.U.B.](#) è lievitato di oltre tre volte, il capitale minimo per una banca di credito cooperativo è più che raddoppiato e raddoppiato è anche il capitale minimo per una banca costituita nella forma della società per azioni: cfr. Circolare Banca d'Italia n. 288/15.

[4] Si veda: F. Denozza, *A che serve il capitale sociale*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 585; G. Olivieri, *Investimenti e finanziamenti nelle società di capitali*, Torino, 2008, 101.

[5] Papini, *La postergazione del finanziamento dei soci è applicabile anche alle s.p.a. chiuse*, in *ilsocietario.it*, 2018; Finocchiaro, *Principio di postergazione del rimborso del finanziamento di soci: applicabilità anche alle società per azioni*, in *Guida al diritto*, 2018, 31, 24.

[6] Così Cass. I Sez. Civ. [7 luglio 2015, n. 14056](#) in *ilsocietario.it*, 3 novembre 2015.

[7] Cfr. Trib. Milano, Sezione Imprese, [16 novembre 2017, n. 11552](#), per cui, "*al di fuori del caso previsti dall'art. 2497-quinquies c.c., il disposto dell'art. 2467 c.c. non è applicabile alle società azionarie*", in *Riv. not.*, 2018, 4, II, 824 con nota di Ruotolo, *La questione dell'applicabilità dell'art. 2467, c.c. alle s.p.a.*. In partico-

mato, precisandolo, il principio già espresso tre anni prima: l'applicazione estensiva è possibile, salvo dover essere riservata alle società per azioni che presentino peculiari caratteristiche, in specie *“dovendosi segnatamente valutare se la società, per modeste dimensioni o per l'assetto dei rapporti sociali (compagine familiare o, comunque, ristretta) sia idonea di volta in volta a giustificare l'applicazione della disposizione citata”*.

In altri termini, di per sé la scelta del tipo non determina un'automatica applicazione dell'[art. 2467 c.c.](#), dovendosi vagliare la sussistenza di un *quid pluris*, rappresentato dalla possibilità per il socio di conoscere *“le condizioni della società”*, con particolare riguardo alla sussistenza delle *“modeste dimensioni”*, allo *«specifico assetto»* o alla *“posizione da lui concretamente rivestita, quando essa sia sostanzialmente equivalente a quella del socio di una s.r.l.”*.

Si noti che nel caso da ultimo esaminato dalla Suprema Corte il socio erogante le risorse era azionista di maggioranza e legale rappresentante della società.

II. Quale limite alla discrezionalità applicativa?

Assodato che, allo stato dell'arte, l'applicazione dell'[art. 2467 c.c.](#) viene limitata ad alcune s.p.a., non si può che constatare l'assenza di parametri oggettivi e certi cui poter ancorare l'elemento qualificante della dimensione (modesta) della società per azioni, ovvero della *“specificità degli assetti”*. Rimaniamo nell'alveo della discrezionalità soggettiva^[8]. D'altro canto, i termini enunciati dalla Suprema Corte portano ad escludere senz'altro un'applicazione indiscriminata dell'[art. 2467 c.c.](#) a tutte le società per azioni cosiddette *«chiuse»*^[9] rendendosi necessaria piuttosto una specificazione ulteriore, volta a ricomprendere solo quelle di modeste dimensioni ovvero caratterizzate da rapporti familiari peculiari o che presuppongano conoscenze specifiche in relazione alla

posizione rivestita in seno all'amministrazione della società; circostanza quest'ultima concretamente riscontrabile addirittura in società a capitale diffuso e financo quotate.

Non v'è chi non veda l'impossibilità di stabilire se una s.p.a. con dieci soci sia da considerarsi *“ristretta”* o di *“modeste dimensioni”*, parendo necessaria l'indagine riguardo la presenza o meno, tra i soci stessi, di sole persone fisiche; e ulteriormente: oltre al requisito del *“ristretto numero”*, si richiede che tra le persone partecipanti corra un vincolo di parentela *aut similia?*

Resta inoltre aperta la domanda circa l'espressione *“specifico assetto”* usata dalla Suprema Corte nella motivazione della [sentenza 16291/2018](#), nel senso che, a prescindere dalla posizione concreta rivestita da un socio in seno all'organo amministrativo, non è chiaro a quali elementi essa vada riferita.

L'espressione sembrerebbe evocare la struttura societaria, desumibile dallo statuto adottato. L'individuazione di un possibile limite alla discrezionalità applicativa (estensiva o analogica che sia) dell'articolo in commento si risolverebbe nella valutazione in concreto del contenuto dello statuto sociale della s.p.a. e ciò al fine di accertare la presenza di specifiche previsioni che rafforzino, al di là della mera situazione contingente o fattuale, la possibilità del singolo socio di monitorare l'andamento economico e la salute finanziaria della società, mediante l'attribuzione di prerogative ulteriori rispetto all'ordinaria e limitata informativa di bilancio.

L'avverbio contenuto nell'[art. 2380-bis c.c.](#) *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori”* evidenzia, quale elemento caratterizzante l'odierna s.p.a., l'accentuazione dell'autonomia dell'organo amministrativo e la conseguente restrizione dell'ambito di rilevanza dell'assemblea dei soci; è altresì noto che la riforma del 2003 ha accentuato la natura *“finanziaria”* della partecipazione diminuendo le prerogative dei singoli soci^[10].

l'are, il Tribunale di Milano si è interrogato sulla possibilità astratta dell'applicazione estensiva o analogica della norma nel quadro della riforma del diritto societario che ha inteso, in modo chiaro, attribuire alla società a responsabilità limitata una disciplina del tutto autonoma e non più modella sulla società per azioni: *“la pronuncia che rispettosamente si critica sembra invece aver invertito senza dar adeguato conto del perché i termini del procedimento, partendo dal sottolineare il posterius (vale a dire la supposta finalità dell'art. 2467 c.c.) per poi inferire che tale regola si applicherebbe ogni qual volta sia in concreto ravvisabile una società anche azionaria avente le sostanziali caratteristiche di una s.r.l. (supposta, fra l'altra, sempre e comunque come tipo logicamente chiusa), ma senza tuttavia dimostrare prima l'esistenza del necessario prius, vale a dire della lacuna normativa: lacuna che per definizione non sussiste, dal momento che ai finanziamenti effettuati dagli azionisti alle s.p.a. da essi partecipate si applica ove di reali prestiti (feneratizi) si tratti, e non di apporto di patrimonio assoggettabili alla regola del capitale sociale la disciplina generale del mutuo e quella particolare che le parti vi abbiano dato in sede di stipulazione del relativo contratto”* individuando, tra l'altro, nell'[art. 2497-quinquies c.c.](#) la conferma al condivisibile ragionamento svolto.

[8] Trib. Milano [16 novembre 2017 n. 11552](#), già menzionata, rileva l'*“incertezza interpretativa della rimessione caso per caso all'interprete della verifica del carattere ristretto di questa o di quella S.p.A.”*

[9] Sul punto, D. Santosuosso, *Commento sub. art. 2325 – 2325 bis*, in D. Santosuosso, *Della società – dell'azienda – della concorrenza*, in E. Gabrielli, *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 2015, pp. 595 e ss.

[10] Cfr. D. Corapi, *La s.p.a. in generale*, in Bonfante, Corapi, De Angelis, *Codice commentato delle società*, Ipsoa, 2011, 352 e ss; G. Grippo – Bolognesi, *L'assem-*

È quindi ragionevole ritenere che ogni qualvolta si individuino nei patti sociali un allontanamento dai connotati tipologici naturali del contratto costitutivo di s.p.a., realizzando un assetto peculiare a cui corrisponde un rafforzamento della posizione del socio, ciò potrebbe giustificare l'applicazione dell'[art. 2467 c.c.](#)

Tale rafforzamento della figura del socio può essere rappresentato dalla facoltà di limitare la circolazione delle azioni, di cui all'[art. 2355-bis c.c.](#), sia con riferimento al divieto, al più quinquennale, di trasferimento, sia in relazione alla previsione statutaria di clausole di prelazione, di gradimento, di riscatto, ecc.

Un secondo indice può ravvisarsi nella previsione, nell'ambito del modello "tradizionale" di amministrazione e controllo, dell'obbligo per gli amministratori di richiedere autorizzazioni all'assemblea dei soci per il compimento di de-

terminati atti, secondo l'interpretazione preferibile ammissibile ex [art. 2364 comma 1 n. 5 c.c.](#)^[11]. In effetti, la presenza in seno allo statuto di specifiche previsioni, vincolanti per gli amministratori, che impongano l'autorizzazione dell'assemblea dei soci, valorizza il ruolo di quest'ultimo organo e la possibilità di conoscenza tempestiva della situazione economico-finanziaria della società da parte dei soci. Si pensi ad esempio alla preventiva autorizzazione assembleare per contrarre debiti con istituti creditizi ovvero per concedere ipoteche su beni immobili della società o, ancora, per prestare garanzie.

Ma al di fuori di questo possibile tracciato, rimane concreto il timore espresso dal Tribunale di Milano: l'area d'incertezza va a tutto discapito degli investitori e non trova esauriente contraltare nell'esigenza di rafforzamento patrimoniale.

blea della società per azioni, in Rescigno, *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, 2011, t.16***, 5 e ss.: "l'evoluzione progressiva del diritto societario ha determinato una parabola discendente delle prerogative assembleari ed un corrispondente incremento dei poteri degli altri organi sociali, tanto maggiore quanto più venga sfruttata l'autonomia statutaria nel trasferimento, ove consentito dalla legge, a questi ultimi, delle competenze delegabili ... in questo contesto si è inserito il [d.lgs. n. 6/2003](#)... sancendo la competenza esclusiva e inderogabile del management in materia di gestione dell'impresa sociale".

[11] Cfr. S. Cerrato, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il sovrano ha veramente abdicato?* in *Riv. dir. civ.*, 2009, 133; Civerra, *sub art. 2364*, in Bonfante, Corapi, De Angelis, cit., 602 s., per il quale gli "assetti legali in materia non consentono di sostenere la tesi di una rigida demarcazione di compiti tra amministratori ed assemblea, quasi a voler rimarcare una ontologica insipienza gestionale a tale ultimo organo".

MOTIVI DI RICORSO PER CASSAZIONE

L'omessa pronuncia su una domanda, un'eccezione o un'istanza ritualmente introdotta in giudizio deve essere fatta valere esclusivamente ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4 c.p.c. Nota a Cass. civ. Sez. VI, 24 gennaio 2019, n. 2101

di Martina Mazzei

del 21 febbraio 2019

Sommario

Il caso

La soluzione della Corte

L'art. 360, 1 comma, n. 4 c.p.c.: la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c.

L'art. 360, 1 comma, n. 5 c.p.c.: l'omesso esame circa un fatto decisivo del giudizio

Il caso

Cass. civ. Sez. VI, 24 gennaio 2019, n. 2101

La Corte d'appello di Catanzaro, con sentenza pubblicata in data 22.12.2015, confermando la sentenza di primo grado del Tribunale di Crotone, rigettava la domanda di Tizia diretta al riconoscimento dell'indennità di accompagnamento. La Corte territoriale aveva ritenuto, sulla scorta della documentazione sanitaria e dopo aver disposto la rinnovazione delle indagini peritali, che la ricorrente, affetta da "*disturbo depressivo maggiore ricorrente grave con manifestazioni psicotiche cronico senza recupero inter episodico (completo)*", non versasse nella condizione di avere necessità di un'assistenza continua per compiere gli atti quotidiani della vita.

Avverso tale sentenza Tizia proponeva ricorso per cassazione con un unico motivo a cui resisteva con controricorso l'Inps.

La difesa, in relazione all'[art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.](#), denunciava il vizio di motivazione della sentenza d'appello nella parte in cui ometteva di esaminare un fatto decisivo per il giudizio, ossia l'obiettiva inconciliabilità tra gli stati patologici diagnosticati e lo svolgimento delle comuni attivi-

tà della vita quotidiana della ricorrente sostenendo, in particolare, che la Corte avrebbe omesso di esaminare l'eccezione secondo cui, per il [D.M. 2 agosto 2007](#), sarebbero escluse dalle visite di controllo sulla permanenza dello stato invalidante le malattie mentali dell'età evolutiva tra cui quella da cui Tizia è affetta.

La soluzione della Corte

Secondo la Corte di Cassazione il motivo, nella sua intera articolazione, è inammissibile.

La censura dell'omesso esame dell'eccezione riguardante la violazione del [D.M. 2 agosto 2007](#) da parte dell'Inps è, infatti, inammissibile alla luce del principio in forza del quale, qualora siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, il ricorrente deve, a pena di inammissibilità della censura, non solo allegarne l'avvenuta deduzione dinanzi al giudice di merito ma, in virtù del principio di autosufficienza, deve anche indicare in quale specifico atto del giudizio precedente ciò sia avvenuto, giacchè i motivi di ricorso devono investire questioni già comprese nel *thema decidendum* del giudizio di appello, essendo preclusa alle parti, in sede di legittimità, la prospettazione di questioni

o temi di contestazione nuovi non trattati nella fase di merito nè rilevabili d'ufficio.[1]

E, a tal proposito, la Corte precisa che l'omessa pronuncia su alcuni motivi di appello, e, in genere, su una domanda, un'eccezione o un'istanza ritualmente introdotta in giudizio, integra una violazione dell'[art. 112 c.p.c.](#) che deve essere fatta valere in sede di legittimità esclusivamente ai sensi dell'[art. 360 c.p.c., comma 1](#), n. 4, e non ai sensi dell'[art. 360 c.p.c., comma 1](#), nn. 3 e 5, pena l'inammissibilità della stessa.[2]

Oltretutto, secondo la Suprema Corte, nel caso in esame, non sussiste neanche il denunciato difetto di motivazione ai sensi della nuova formulazione dell'[art. 360 c.p.c., comma 1](#), n. 5 (come modificato dal [D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1](#), lett. b), conv. con modifiche in [L. 7 agosto 2012, n. 134](#)), in quanto la sentenza è sorretta da una motivazione non solo formalmente esistente come parte del documento ma compiuta e coerente con preciso riferimento alle risultanze istruttorie così da consentire di individuare con chiarezza la giustificazione del *decisum*.

Nel caso in esame, infatti, non è riscontrabile il denunciato "omesso esame" di cui al nuovo testo dell'[art. 360 c.p.c., comma 1](#) n. 5, il quale deve riguardare un fatto storico, principale o secondario – la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali – che abbia costituito oggetto di discussione e che abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia).

La Corte territoriale, infatti, ha esaminato compiutamente il quadro patologico da cui la ricorrente è affetta, per concludere che ella "è capace di svolgere attività quale lavarsi da sola, andare a fare la spesa, avere cura della propria abitazione non solo in senso fisico, ma anche come capacità di intendere l'importanza e il significato degli atti stessi anche ai fini della salvaguardia della propria condizione psico-fisica" e la ricorrente aveva dissentito da tale giudizio senza lamentare alcuna palese devianza dalle nozioni correnti della scienza medica ma limitandosi ad avanzare una censura di mero dissenso diagnostico non attinente a vizi del processo logico formale che si traduce, di conseguenza, secondo una giu-

risprudenza oramai consolidata[3], in un'inammissibile critica del convincimento del giudice.

Infatti quanto alla certificazione medica del Dipartimento di salute mentale di Crotone che, a detta della ricorrente, non sarebbe stata esaminata dal giudice, al di là del difetto di specificità del motivo, dal momento che la parte non ne aveva trascritto il contenuto, la Corte rileva che, secondo quanto si legge nello stesso ricorso, la stessa certificazione è stata esaminata dal CTU in sede di risposta alle controdeduzioni inviate dal legale della ricorrente ed è stata ritenuta irrilevante ai fini di un diverso giudizio sanitario. Di conseguenza il denunciato omesso esame non è assolutamente ipotizzabile dal momento che il giudice ha fatto proprie le conclusioni del consulente e, quindi, anche le sue valutazioni sull'irrelevanza della certificazione.

L'art. 360, 1 comma, n. 4 c.p.c.: la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c.

La sentenza in commento offre lo spunto per analizzare e delineare le differenze tra il motivo di cui all'[art. 360 c.p.c., 1 comma](#) n. 4 e il novellato motivo di cui al n. 5 della medesima norma.

Le sentenze pronunciate in grado di appello o in un unico grado possono essere impugnate per Cassazione, ex [art. 360 c.p.c., 1 comma](#), n. 4 c.p.c., per nullità della sentenza o del procedimento. Tale ipotesi si verifica quando la sentenza impugnata è inficiata da vizi di attività, ossia da *errores in procedendo*, derivanti dalla violazione di norme processuali che riguardano la sentenza come atto, la costituzione del giudice e il procedimento.

In queste ipotesi, ossia quando si deduce in Cassazione un *error in procedendo*, il giudice di legittimità, che stabilirà se la violazione è avvenuta o meno, nell'esaminare il fatto e le motivazioni di diritto svolte dal giudice di merito, può interpretare autonomamente gli atti processuali.

È sì vero, infatti, che l'interpretazione della domanda e le deduzioni delle parti costituiscono giudizio di fatto che è rimesso, per principio, al giudice di merito[4] ma, questo principio non si applica, eccezionalmente, qualora l'interpretazione è causa di un vizio *in procedendo*. In questo caso, in-

[1] In questo senso v. da ultimo Cass. civ. sez. II, [09 agosto 2018, n. 20694](#); Cass. civ. [ord.], sez. VI, [13 giugno 2018, n. 15430](#); Cass. civ., sez. I, [18 ottobre 2013, n. 23675](#).

[2] In questo senso v. Cass. civ. [ord.] [16 marzo 2017, n. 6835](#); Cass. civ. [ord.], sez. VI, [08 ottobre 2014, n. 21257](#); Cass. civ. [27 ottobre 2014, n. 22759](#); Cass. civ., sez. un., [07 aprile 2014, n. 8053](#) e 8054; Cass. civ., sez. III, [19 gennaio 2007, n. 1196](#).

[3] V. da ultimo Cass. civ. [6 novembre 2018, n. 28209](#); Cass. civ. 16 febbraio 2017 n. 4124; Cass. civ. [ord.], sez. VI, [23 ottobre 2017, n. 24959](#); Cass. civ. ord. 23 dicembre 2014 n. 27378; Cass. civ. 22 gennaio 2013, n. 1472; Cass. civ. [ord.], sez. VI, [03 febbraio 2012, n. 1652](#); Cass. civ., sez. lav., [12 gennaio 2011, n. 569](#); Cass. civ. [ord.], sez. VI, [08 novembre 2010, n. 22707](#); Cass. civ., sez. lav., [11 gennaio 2000, n. 225](#).

[4] Cass. civ., [26 gennaio 1983, n. 737](#).

fatti, a prevalere è il principio secondo cui la Corte è giudice anche del fatto ed in quanto tale può procedere ad un'auto-noma interpretazione degli atti processuali, delle istanze, del fatto, delle deduzioni delle parti anche in modo difforme rispetto al giudice di merito.

Fra i motivi di nullità della sentenza che possono essere fatti valere attraverso l'[art. 360, 1 comma, n. 4 c.p.c.](#) rientra anche la violazione dell'[art. 112 c.p.c.](#) ossia del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Come noto, dalla violazione di tale principio consegue la presenza dei vizi di extrapetizione, ultrapetizione o omissione di pronuncia.

L'omessa pronuncia, in particolar modo, si configura qualora il giudice non abbia statuito "su tutta la domanda" e, quindi, tutte le volte in cui una domanda di tutela sostanziale (*omissione di pronuncia totale*) o parte di essa (*omissione di pronuncia parziale*) rimanga senza risposta.

Si tratta di un vizio che determina, come detto, la nullità della sentenza, risolvendosi nella violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Integrando un difetto dell'attività del giudice di secondo grado e, quindi, un *error in procedendo*[5], il giudice di legittimità (che in questo caso è giudice anche del fatto processuale) può effettuare l'esame, altrimenti precluso, degli atti, delle istanze e delle deduzioni delle parti detenendo il relativo potere-dovere di procedere direttamente all'interpretazione degli atti processuali al fine di acquisire gli elementi di giudizio necessari alla valutazione della sussistenza della violazione stessa.[6]

L'omessa pronuncia quale vizio di natura processuale denunciabile, in sede di legittimità, ai sensi dell'[art. 360, 1 comma, n. 4 c.p.c.](#) – come sottolinea anche la Corte di Cassazione nella sentenza in commento -non va confuso con il vizio di omessa motivazione.

L'omessa pronuncia, infatti, implica la completa omissione del provvedimento indispensabile per la soluzione del caso concreto e si traduce in una violazione dell'[art. 112 c.p.c.](#), os-

sia del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Tale vizio deve essere fatto valere esclusivamente a norma dell'[art. 360, 1 comma, n. 4 c.p.c.](#) in quanto l'omesso esame concerne direttamente una domanda o un'eccezione introdotta in causa.

Nell'omessa motivazione, invece, l'attività del giudice che si assume omessa non concerne direttamente la domanda o l'eccezione bensì una circostanza di fatto che, ove valutata, avrebbe comportato una diversa decisione su uno dei fatti costitutivi della domanda o su un'eccezione e, quindi, su uno dei fatti principali della controversia. Tale vizio, in sede di legittimità, deve essere fatto valere necessariamente ai sensi dell'[art. 360, 1 comma, n. 5 c.p.c.](#)[7]

La configurazione dell'omessa pronuncia s'incentra, quindi, sul confronto fra la pronuncia del giudice e il *petitum* della domanda avanzata, determina la nullità della sentenza per violazione dell'[art. 112 c.p.c.](#), e, perché sia configurabile, richiede che l'omissione interessi specificatamente domande della parte che impongono una statuizione di accoglimento o di rigetto[8] sul presupposto che esse non siano proposte tardivamente o comunque non siano inammissibili.

Tra le pronunce in tal senso v. Cass. civ. sez. lavoro, [18 giugno 2014, n. 13866](#); Cass. civ. sez. II, 21 gennaio 2011, n. 1499; Cass. civ. 09 giugno 2011, n. 12176; Cass. civ. 18 maggio 2011, n. 10921; Cass. civ. [27 maggio 2010, n. 12992](#); Cass. civ. 04 marzo 2010, n. 5203; Cass. civ. [17 luglio 2007, n. 15882](#); Cass. civ. [22 novembre 2006, n. 24856](#); Cass. civ. [24 giugno 2002, n. 9159](#); Cass. civ. [10 aprile 2000, n. 4496](#).

L'art. 360, 1 comma, n. 5 c.p.c.: l'omesso esame circa un fatto decisivo del giudizio

L'[art. 360 c.p.c. 1 comma n. 5](#) riguarda, quindi, una fattispecie totalmente differente rispetto a quella dell'[art. 360 c.p.c. 1 comma n. 4](#).

Il testo del n. 5 è stato, inoltre, completamente mutato dalla riforma del 2012[9] e, ad oggi, limita la censura, di quello che una volta si chiamava vizio di motivazione, alla sola ipo-

[5] Cass., sez. III, [11 maggio 2012, n. 7268](#); Cass. civ., sez. II, [17 dicembre 2009, n. 26598](#); Cass., sez. trib., [09 luglio 2004, n. 12721](#).

[6] A questo proposito, cfr. Cass. civ. [2 febbraio 2001, n. 1503](#); Cass. civ. [2 marzo 2001, n. 3016](#); Cass. [6 luglio 2001, n. 9159](#); Cass. [1° agosto 2001, n. 10471](#); Cass. civ. [28 agosto 2000, n. 11260](#); Cass. civ. [10 aprile 2000, n. 4496](#); Cass. civ. [24 giugno 2000, n. 8641](#); Cass. civ. [24 marzo 2000, n. 3538](#); Cass. civ. [27 settembre 2000, n. 12790](#); Cass. [20 giugno 2000, n. 8377](#); Cass. civ. [25 settembre 1996, n. 8468](#); Cass. civ. [16 gennaio 1990, n. 152](#).

[7] Così in Cass. civ., sez. III, [14 marzo 2006, n. 5444](#).

[8] È ricca la giurisprudenza in tal senso v. Cass. Sez. VI, 18 giugno 2013, n. 15196; Cass. sez. civ. Sez. V, [16 maggio 2012, n. 7653](#); Cass. civ. 19 gennaio 2010, n. 709; Cass. sez. civ. Sez. III, [11 febbraio 2009, n. 3357](#); Cass., sez. II, [15 maggio 1996, n. 4498](#); Cass., sez. II, [29 marzo 1995, n. 3693](#); Cass., sez. II, [03 giugno 1991, n. 6248](#); Cass. civ., [06 novembre 1981, n. 5865](#).

[9] Modifica apportata dalla lettera b) del [primo comma dell'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012 n. 83](#). Prima di tale modifica il [n. 5 dell'art. 360](#) parlava di vizio di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio». In dottrina v. B. CAPPONI, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di Cassazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 3, 2016, pag. 925; BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessio-*

tesi dell' "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".

Il riferimento all'omessa valutazione di un "fatto decisivo" rende inequivoco che la doglianza del n. 5 sia collegata esclusivamente alla valutazione di un fatto. Del resto non potrebbe essere altrimenti dato che l'erronea motivazione in diritto trova ben altra censura: se, infatti, essa ha inciso sul dispositivo – distorcendolo rispetto a quello che si sarebbe avuto se il ragionamento effettuato dal giudice sulla norma giuridica fosse stato esatto – il vizio trova tutela nell'ambito del [n. 3 dell'art. 360](#); se, invece, l'erronea motivazione in diritto non ha influenzato il dispositivo il rimedio somministrato dalla legge è quello della semplice correzione della motivazione.

Infatti, come sottolinea la giurisprudenza, la modifica del n. 5 della norma in commento, lascia "intatta la possibilità di dedurre il c.d. vizio di sussunzione della fattispecie pur esattamente ricostruita sotto la norma che la regola, perché esso continua ad essere deducibile ai sensi del n. 3 e ricorre appunto quando il giudice, pur avendo ricostruito esattamente il senso e l'estensione testuale e logica della norma, sia la sua collocazione sistematica, cioè pur avendola esattamente interpretata secondo una compiuta esegesi in astratto, abbia sussunto erroneamente sotto di essa o si sia rifiutato di sussumervi o vi abbia sussunto solo parzialmente, la fattispecie fattuale concreta pur esattamente e logicamente ricostruita, compiendo, dunque, sotto uno di tali profili, un errore di argomentazione logica in diritto e non in punto di ricostruzione del fatto"^[10]".

Omesso esame, come abbiamo detto, non è sinonimo di omessa pronuncia, che darebbe luogo a nullità per autonomo vizio in procedendo denunciabile ex [art. 360 I comma n. 4 c.p.c.](#)

Il vizio di omesso esame ricorre piuttosto quando, pur rispettando l'esatto perimetro del *thema decidendum*, il giudice ometta la considerazione di un fatto controverso e decisivo. Infatti come afferma la Corte "la differenza tra l'omessa

pronuncia di cui all'[art. 112 c.p.c.](#) e l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia di cui all'[art. 360 n. 5, c.p.c.](#), si coglie nel senso che nella prima l'omesso esame concerne direttamente una domanda o un'eccezione introdotta in causa, nel caso dell'omessa motivazione, l'attività di esame del giudice che si assume omessa non concerne la domanda o l'eccezione direttamente, bensì una circostanza di fatto che, ove valutata, avrebbe comportato una diversa decisione su uno dei fatti costitutivi della domanda o su un'eccezione e, quindi, su uno dei fatti principali della controversia"^[11].

Anche il vizio di omesso esame è un vizio di attività, ossia un *error in procedendo*, che nasce dalla violazione del dovere del giudice di esaminare ed interpretare tutti i fatti allegati dalle parti ove provati, tuttavia è necessario che l'omesso esame riguardi, come sottolinea anche la Corte nella sentenza in epigrafe, un "fatto decisivo per il giudizio" e cioè un fatto che, ove fosse stato tenuto presente, avrebbe portato ad una decisione diversa da quella assunta.

Per valutare la sussistenza del vizio indicato il punto di riferimento non può che essere la motivazione del provvedimento: solo da essa può ricavarsi, infatti, l'omesso esame circa un fatto decisivo del giudizio^[12].

Il vizio enunciato dal n. 5 riguarda, quindi, l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, ed afferisce, pertanto, a dati materiali, ad episodi fenomenici rilevanti ed alle loro ricadute in termini di diritto, aventi portata idonea a determinare direttamente l'esito del giudizio^[13]. Tuttavia, l'omesso esame di elementi istruttori non integra il vizio tutte le volte in cui il fatto storico sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, come avvenuto nel caso di specie, anche se in sentenza quest'ultimo non ha dato conto di tutte le risultanze istruttorie^[14].

In conclusione e alla luce delle considerazioni sopra esposte si comprende perché la Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha enunciato la seguente massima:

ni sul nuovo [art. 360 n. 5 c.p.c.](#), in *Giusto proc. civ.*, 2012, pag. 677; M. FORNACIARI, *Ancora sulla riforma dell'art. 360 n. 5 basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2016, pag. 170 ss; G. MOLFESE, *Ricorso e controricorso per Cassazione in materia civile*, Padova, 2010, pag. 304 ss; G. AMOROSO, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 2012, pag. 279 ss; C. MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Torino, 2015, pag. 571 ss; A. CARRATTA, *Giudizio di Cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in *Treccani.it*; L. PICCININNI, *I motivi di ricorso per cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2013, pag. 407.

[10] Così FRASCA, *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in *www.judicium.it*, par. 5.

[11] Così Cass. civ., sez. trib., 06 febbraio 2015, n. 2197; Cass. civ., sez. lav., 18 giugno 2014, n. 13866; Cass. sez. VI, 08 ottobre 2014, n. 21257.

[12] Cfr. in tal senso C. MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Torino, 2015, pag. 571 ss. e ha concesso dilemi civili quale sia l'omissione della domanda nel caso di error in procedendo

[13] Si esprime in questi termini Cass. civ., sez. I, 05 marzo 2014, n. 5133.

[14] Cfr. Cass., 12 gennaio 2017, n. 661; Cass., 24 novembre 2016, n. 24027; Cass. civ. 23 agosto 2016, n. 17251; Cass. civ. 13 luglio 2016, n. 14316.

“L’omessa pronuncia su alcuni dei motivi di appello, e, in genere, su una domanda, eccezione o istanza ritualmente introdotta in giudizio, integra una violazione dell’[art. 112 c.p.c.](#) che deve essere fatta valere esclusivamente ai sensi dell’[art. 360, primo comma, n. 4, dello stesso codice](#), mentre è inammissibile ove il vizio sia dedotto come violazione dell’[art. 360, primo comma, nn. 3 e 5, c.p.c.](#) salvo che nell’illustrazione del motivo non si faccia esplicito riferimento alla nullità della sentenza».

Tali principi sono stati, peraltro, sanciti dalla Corte di Cassazione che nella fondamentale sentenza pronunciata a sezioni unite Cass. civ., sez. un., [07 aprile 2014, n. 8053](#) ha affermato che: «l’[art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.](#), riformulato dall’[art. 54 d.l. 22 giugno 2012 n. 83](#), convertito, con modificazioni, in [l. 7 agosto 2012 n. 134](#), introduce nell’ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all’omesso esa-

me di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia); ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni degli [art. 366, 1° comma, n. 6](#), e [369, 2° comma, n. 4, c.p.c.](#), il ricorrente deve indicare il «fatto storico», il cui esame sia stato omesso, il «dato», testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il «come» e il «quando» tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua «decisività», fermo restando che l’omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.”

VERITÀ E PROCESSO

Alcune considerazioni in materia di verità del processo civile

di Guglielmo Bernabei

del 22 febbraio 2019

Sommario

1. Processo civile e conflitto
2. Processo civile e verità processuale
3. Conclusioni

1. Processo civile e conflitto

Le dinamiche interne del processo civile impongono alcune considerazioni, quanto mai opportune, in materia di etica processuale, non perché essa sia un riflesso di altri obiettivi strumentali ma perché, all'interno del processo, i soggetti coinvolti perseguono finalità contrastanti, in posizioni che, spesso, influenzano anche le loro scelte etiche.

Il diritto, ancora prima dell'agone processuale, dipende dalla natura conflittuale dei rapporti sociali ed è chiamato, non senza qualche fatica, a stabilizzare le aspettative. Il presupposto di questa impostazione è dato dal fatto che le risorse sono scarse e, proprio a causa di ciò, cresce il bisogno di norme e di procedure. Il processo civile è, dunque, l'istituzione entro la quale i conflitti tra i privati debbono incanalarsi e avviarsi ad una soluzione tesa a ricomporre il conflitto stesso. Proprio la società attuale presenta una articolazione tanto più complessa quanto più aumentano i ruoli sociali e si accelera la corsa all'accaparramento di risorse sempre più ridotte e mal distribuite. I sistemi processuali seguono questo movimento, anche se spesso cercano, con esiti non del tutto soddisfacenti, di anticiparlo. Ne consegue che cresce, spesso a dismisura, l'aspettativa di una ordinata risoluzione delle controversie aventi ad oggetto rapporti di diritto privato e, contestualmente, il sistema processualeciviltistico non è in grado di assorbire tutte le esigenze, perdendosi in mille rinvii fino quasi ad essere in gioco la stessa legittimità dell'intero ordinamento giuridico. Il sistema italiano è un palcoscenico esemplare di questo fenomeno, al punto che, periodicamente, compaiono tentativi di riordino dell'ordine processuale.

Il processo civile, quindi, è un sistema complesso di azione sociale. Le parti si contrappongono secondo una logica che è

quella di un gioco a somma zero, ossia una parte vince e l'altra perde. Tuttavia, va anche considerato che la realtà processuale è molto meno rigida di un gioco, qualunque esso sia. Nel processo civile, infatti, gli atteggiamenti delle parti sono molto variegati. Vi possono essere conflitti determinati da scarsità di risorse in cui le parti, rivolte al futuro, lottano per ottenere il massimo risultato con il minimo costo e, allo stesso tempo, vi possono essere conflitti di valore, nati da dissidi sullo status normativo di un oggetto sociale, in cui le parti, rivolte al passato, si contrappongono affinché i fatti siano ricostruiti secondo la loro percezione. Inoltre, le parti possono confliggere anche sull'atteggiamento verso l'oggetto della contesa; una parte può mirare alla soluzione più rapida, mentre l'altra può lottare in nome di principi non negoziabili. Oppure una parte è interessata ad accelerare la procedura, e un'altra a ritardarla. L'oggetto stesso del conflitto giudiziario civile può acquistare o perdere valore durante la contesa o nel corso del tempo; ad esempio, nell'ultimo mezzo secolo i cambiamenti culturali hanno spostato i conflitti coniugali dal campo dei valori a quello degli interessi.

Inoltre le parti non sono sole. La loro controversia si svolge in un contesto sociale che può influenzare i loro atteggiamenti processuali. I difensori, poi, aggiungono alla contesa elementi ulteriori, anche destabilizzanti, che può semplificarla ma anche complicarla, a seconda delle strategie, delle tattiche e, non ultima, delle competenze. Ineludibile, poi, è l'attenzione sulla figura del giudice, il quale rappresenta un sistema che è, contemporaneamente, politico e giuridico. Egli giudica secondo norme che può condividere, tendendo ad interpretarle restrittivamente, oppure non condividere, tendendo ad interpretazioni più estensive, o magari cre-

ative o addirittura ignorandole sulla linea delle relative impostazioni difensive, che, in modo non infrequente, si differenziano secondo le esposte modalità. Questa relatività di atteggiamenti processuali, dietro cui si scorge anche una relatività di orientamenti etici, può investire l'istituto processuale nella sua interezza.

Coesistente al diritto, il processo ne segue le sorti. Anche nel processo civile, infatti, si possono verificare situazioni disarmanti, da indurre, eticamente, a forme di rigetto che vanno dalla scelta di vie alternative fino alla riproposizione della lite in altre forme o in altre sedi, e questo perché il processo civile, come il diritto privato in genere, formalmente è finalizzato a ricomporre il conflitto, ma, di fatto, può acuire il conflitto stesso tramite le decisioni con cui si esprime[1].

2. Processo civile e verità processuale

Nel momento stesso in cui si entra in un'aula civile occorre essere ben consapevoli delle ricadute, sul piano etico, di quella che viene definita come "verità processuale", che è, in gran misura, artificiale. Questo aspetto non è bene che venga considerato una ovvietà tale da non essere più indagato. La questione fondamentale risiede nel "fatto", nella sua materialità, portato davanti al giudice, e nella conseguente e complessa attività logica di sussunzione. Nella radicale contrapposizione tra giudizio di diritto e giudizio di fatto vi è una sostanziale, e per certi versi ineliminabile, distinzione tra il "fatto fisico" e il "fatto giuridico". Nella dinamica processuale, la norma entra nel fatto, con il suo carico prescrittivo anche di natura etica, e con il suo significato, attraverso l'interpretazione.

Tuttavia, l'artificialità del fatto, prima che dalle prove, emerge dalla soggettività delle rappresentazioni di chi lo compie, lo subisce o lo osserva. Ogni fatto diventa narrazione e, in quanto tale, il dubbio lo investe, non esauendolo nella sua immediata salvezza. Ne deriva che, nel campo del diritto, l'ambito processuale rischia di diventare il palcoscenico di una "storia legale", portata in giudizio nelle sue varie fasi: la percezione dell'attore, la rielaborazione del convenuto, l'adattamento secondo i requisiti di "permeabilità" del sistema giuridico, il filtro delle prove, la ricostruzione del giudice. E a questi elementi possono aggiungersi il riesame di altri giudici fino alla Corte di Cassazione, il cui controllo sulla logicità del giudizio di fatto la porta ad "eliminare ogni restrizione nella sua competenza *de iure* e ad invadere totalmente la sfera del *de facto*"[2].

L'esperienza di giurista pratico rivela che il fatto, oggetto del giudizio, non è mai oggettivo, tanto che la maggiore abilità dell'avvocato consiste proprio nel "costruire quel fatto e narrarlo con scelte coerenti con gli obiettivi perseguiti"[3]. All'origine delle pretese delle parti possono esserci sentimenti incoercibili, rancori, affetti, sensazioni e tutto questo deve essere razionalizzato, con gli strumenti processuali, nel momento in cui viene tradotto in domande distinte e sorrette da argomentazioni di natura logico-giuridica, tipica degli atti giudiziari[4]. Il processo civile può essere anche lo spazio dell'incomprensione, e non solo della comprensione, tra le parti e tra queste e il giudice[5].

Secondo parte della dottrina[6], nel nostro ordinamento, non esiste un dovere di verità delle parti processuali, dovere che non hanno neppure i difensori. Alla possibilità di inserire un

[1] MARCHETTI, *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, p. 418; MARGARITELLI, *Nota a Corte Cost. 24 aprile, n. 131*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1139; MARINELLI, *I dadi del giudice Bridoye*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, p. 529; MASHAW, *The supreme court's due process calculus for administrative adjudication*, in *Mathews v. Elridge: Three factors in search of a Theory of value*, University of Chicago Law Review, 1976, p. 46; MASHAW, *Administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, in *Boston University Law Rev.*, 1981, p. 885; MAZZARELLA, *A proposito di oralità e testimonianza della parte*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1962, p. 968; MAZZARELLA, *Avvocato e procuratore (diritto processuale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988; MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Analisi e diritto*, Torino, 1996, p. 126; MAZZARESE, *Cognition and legal decisions remarks on Bulygin's view*, in *Cognition and interpretation of law*, a cura di Gianformaggio e Paulson, Torino, 1995, p. 120.

[2] DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, 2008; TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.

[3] FERRARI, *Etica del processo civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 480 e ss.

[4] PARETO, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007.

[5] CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. proc. civ.*, 1950, I, pp. 2 e ss; TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, Parte II.

[6] BOUDON, *Il vero e il giusto*, Bologna, 1997 (1995), p. 270; BOVE, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. Dir.Proc.* 2002, p. 479; BRACCIALINI, *Garanti o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 1208; BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione del diritto*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci-Guastini, Torino, 1987, p. 309; CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, p. 42; CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 282; CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 11; CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. Dir. e Proc. Civ.* 1939, I, p. 105; CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, 30 CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, p. 1; CAPONI – PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001.

dovere di verità nel processo civile pensarono ben tre progetti preliminari del codice: il progetto Chiovenda, il quale all'art. 20 disponeva che “nella esposizione dei fatti le parti e i loro avvocati hanno il dovere di non dire consapevolmente cose contrarie al vero”; il progetto Carnelutti, il quale, all'art. 28, disponeva cosa analoga, e statuiva che “la parte ha il dovere di affermare al giudice i fatti secondo la verità e di non proporre pretese, difese ed eccezioni senza averne ponderato il fondamento”; ed, infine, il progetto preliminare Solmi, in forza del quale “le parti, i procuratori e i difensori hanno l'obbligo di esporre al giudice i fatti secondo verità e di non proporre domande, difese, eccezioni o prove che non siano di buona fede”. Questa impostazione fu sottoposta a severe critiche non soltanto della dottrina ma anche dalla giurisprudenza. Queste generali rimostranze, volte a non inserire nel codice di procedura civile una norma che imponesse alle parti e ai loro difensori di dire la verità nel compimento degli atti, produssero quale conseguenza la soppressione di ogni riferimento ad un tale dovere nel progetto definitivo Solmi, il quale, al nuovo art. 29, si limitò a statuire, in contrasto con quanto prima si era affermato, che “le parti e i loro procuratori e difensori hanno il dovere di agire con probità e con lealtà”.

Nel testo definitivo il legislatore del codice introdusse il dovere di agire con lealtà e probità.

Nel nostro sistema processuale le dichiarazioni delle parti hanno valore solo *contra se*, quale confessione provocata o spontanea. Non vi è un principio di credibilità delle asserzioni delle parti che consentirebbe di considerarle veritiere, sino a prova contraria. La parte, come l'imputato nel processo penale, ha il diritto di non parlare e persino di mentire. La mancanza dell'obbligo per la parte di dire il vero, dunque, nasce dal diritto della parte di allegare solo i fatti a sé favorevoli secondo il principio dell'onere della prova, nell'ambito di un processo soggetto alla regola del contraddittorio. Diversa è l'ipotesi in cui il giudice debba adottare un provvedimento, senza la presenza contemporanea della parte contro la quale deve decidere, ossia i provvedimenti inaudita altera parte. In tal caso appare evidente che la parte che non dice la verità commette una condotta censurabile. Non è, però, vero che non esiste alcuna sanzione avverso la parte che dichiara

il falso: l'[art. 371 c.p.](#), infatti, punisce severamente lo spergiuro. Piuttosto, la parte può riferire, in sede di interrogatorio libero, ciò che ritiene opportuno al giudice civile senza incorrere in alcuna violazione di norme procedurali. Peraltro la sentenza penale, secondo la quale il giuramento è dichiarato falso, non determina la nullità della decisione, resa sulla base della dichiarazione dello spergiuro^[7].

Si delineano così i limiti tra giudicato penale nel giudizio civile, ossia la sentenza penale che indaga sullo spergiuro può determinare la richiesta di danni nascenti dal reato, e incidenza del giudizio civile sulla sentenza penale. Ai fini della configurabilità del reato di falso giuramento della parte ([art. 371 c.p.](#)), non spetta al giudice penale alcun sindacato in ordine all'ammissibilità della formula adottata in sede civile.

Il giudice penale non può intervenire per valutare le condizioni di ammissibilità del giuramento, nell'ambito del processo civile. Una volta ammesso il giuramento decisorio da parte del giudice civile sono irreversibilmente realizzati i presupposti per la commissione del delitto di cui all'[art. 371 c.p.](#) e lo spergiuro consumato non può essere messo nel nulla dalle successive vicende del processo civile, pur se tali da condurre all'invalidazione del giuramento medesimo. L'esistenza di una sanzione penale, per il caso di falso giuramento della parte, e non per dichiarazioni false comunque rese nel corso di un giudizio civile, è coerente con la funzione del giuramento quale prova legale. Il processo civile ha per oggetto diritti delle parti ed è sorretto dai principi di disponibilità della prova e di impulso di parte. Difficile conciliare, con tali principi, il dovere della parte a dire il vero e a sottoporre al giudice ogni circostanza o documento di cui sia a conoscenza o in possesso, anche se pregiudizievole per la propria posizione processuale.

L'interrogatorio delle parti deve svolgersi con estrema prudenza. Il giudice dovrà dimostrarsi neutrale rispetto alle parti e a conoscenza dei fatti di causa, tanto da dare ai litiganti la sensazione che il loro caso sia stato oggetto di sua puntuale attenzione; cercherà di comprendere gli esatti termini della questione, lasciando parlare le parti, ma impedendo il loro confronto diretto, frenando gli ardori dei difensori, ma non ostacolando quelle domande, da formularsi comunque attraverso di lui, utili a provocare ammissioni o non contestazio-

[7] CHIAVARIO, “Cultura italiana” del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una microstoria, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1990, p. 433; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933; CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 241; CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*. Le garanzie, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del Convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, p. 271; CIVININI, *Verso un processo senza giudice?(ovvero, la durata dei processi e il ruolo del giudice civile)*, in *Questione Giustizia* 2001, p. 631.

ni. Con riguardo specifico alle quali, appare evidente la necessità di sollecitare prima le parti a confermare il contenuto dei rispettivi atti introduttivi, il che non significa limitarsi a chiedere se intendono riportarsi a quanto in essi affermato, ma richiamare puntualmente i singoli fatti negli stessi dedotti, e soltanto dopo sottoporre, a ciascuno dei litiganti, quegli episodi di vita che, dalla lettura della citazione, della comparsa di risposta e dei documenti allegati, in quel momento sembrano controversi ma, dopo il libero interrogatorio, potranno risultare pacifici. Le parti, peraltro, non possono tenere nel processo una condotta deliberatamente fraudolenta. A tale proposito è opportuno ricordare l'istituto della revocazione della sentenza che ricorre anche nel caso di "dolo di una delle parti in danno dell'altra", di cui all'[art. 395 n. 1, c.p.c.](#), allorché si sia realizzata un'attività deliberatamente fraudolenta, concretatasi in artifici e raggiri, idonea a paralizzare o sviare la difesa avversaria e ad impedire al Giudice l'accertamento della verità, non essendo sufficiente la semplice allegazione di fatti non veritieri favorevoli alla propria tesi difensiva e la mera violazione del dovere di lealtà e probità, di cui all'[art. 88 c.p.c.](#) Il fatto che le norme prevedano la caducazione di una sentenza resa a causa di una condotta processuale tale da indurre in errore, circa la verità dei fatti, il giudicante, e che ha impedito, nel contempo, il giusto diritto di difesa della controparte, depone per un dovere generico di verità. O meglio un dovere di mantenere la propria difesa in termini di correttezza processuale, senza deliberatamente mentire, allegare documenti falsi, manipolare i dati e gli eventi, così da sottoporre al giudice una verità che non corrisponde a quella reale, o tale da impedire di fatto il contraddittorio. Pertanto, non sarà sufficiente omettere alcune notizie utili alle decisioni, ma non indispensabili, o non indicare testi che possano essere informati sui fatti, perché in tal caso la controparte mantiene piena la facoltà di difesa, la facoltà di allegazione e il diritto alla prova diretta e contraria. La revocatoria non richiede una prova precostituita ma può verificarsi anche in presenza di un documento o di una testimonianza falsa. In relazione al dolo consistente nella fraudolenta utilizzazione di un documento o di una testimonianza falsi, "la domanda di revocazione di una sentenza pronunciata per effetto del dolo di una delle parti in danno

dell'altra ([art. 395, comma 1, n. 1, c.p.c.](#)) non richiede l'esistenza di una prova precostituita; se tuttavia il dolo consiste nella fraudolenta utilizzazione di un documento o di una testimonianza, il nesso causale tra l'artificio della parte ed inganno del giudice è condizionato all'accertamento della falsità che, per un principio generale desumibile dall'[art. 395, comma 1, n. 2, c.p.c.](#), applicabile, per analogia, anche nell'ipotesi considerata, perché espressione della comune esigenza di evitare che il processo di revocazione si converta in una successiva istanza, non può essere compiuto nel giudizio di revocazione ma deve a questo precedere^[8]. Del resto la Suprema Corte ha ritenuto che esistesse il dolo revocatorio in quella attività "intenzionalmente fraudolenta che si concretò in artifici e raggiri, che possono consistere anche nel mendacio su fatti decisivi della causa, tali da travisare una situazione in modo da farla apparire diversa da quella reale, onde fuorviare il giudice nell'accertamento della verità processualmente rilevante"^[9]

3. Conclusioni

Per concludere non ogni falsità è considerata grave; in una certa misura, la mancanza di una sincerità completa è tollerata dall'ordinamento perché ritenuta inevitabile, ma la condotta che travalica il normale atteggiamento autodifensivo della parte è considerato illecito. Di conseguenza, non sono idonei a realizzare la fattispecie di cui all'[art. 395 c.p.c.](#), n. 1, la semplice allegazione di fatti non veritieri favorevoli alla propria tesi, il silenzio su fatti decisivi della controversia o la mancata produzione di documenti, che possono configurare comportamenti censurabili sotto il diverso profilo della lealtà e correttezza processuale, ma non pregiudicano il diritto di difesa della controparte, la quale resta pienamente libera di avvalersi dei mezzi offerti dall'ordinamento al fine di pervenire all'accertamento della verità^[10]. A seguito alla revocatoria la parte danneggiata dalla sentenza e dalla condotta iniqua della controparte, potrà avanzare istanza di risarcimento dei danni subiti, anche per il prolungarsi della lite in altro modo risolta più celermente^[11]. Inoltre, l'incertezza sull'esito del giudizio, soprattutto nella fase iniziale dove molte posizioni restano coperte, può indurre ad una maggiore rigidità, proprio perché da un contesto

[8] Cass. Civ. 29 maggio 1995 n. 6028; Cass. Civ. 10 marzo 2005 n. 5329; Cass. Civ. 30 agosto 2002 n. 12720; Cass. Civ. 19 giugno 2002 n. 8916; Cass. Civ. 22 gennaio 2001 n. 888.

[9] Cass. Civ. 24 marzo 2006 n. 6595.

[10] Cass. Civ. 27 settembre 2007, n. 20346; Cass. Civ. 17 agosto 1990, n. 8342; Cass. Civ. 2 giugno 1983, n. 3768; Cass. Civ. 6 marzo 1982, n. 1418; Cass. Civ., sez. III, 29 febbraio 2008, n. 5522, in Giust. civ. 2008, 6, p. 1411.

[11] TREVES, *Spirito critico e spirito dogmatico*, Milano, 2009.

di dubbio può sorgere qualsiasi comportamento. L'eccessiva relatività che caratterizza il processo civile si lega con l'altrettanta eccessiva relatività etica che spesso emerge nell'affrontarlo. A questi temi va tenuto in debito conto il fatto che i difensori, in quanto rappresentanti delle parti, ricoprono una posizione che è parziale per definizione. Certamente un avvocato non può e non deve falsificare un documento o sottrarlo dal fascicolo avversario[12]; allo stesso tempo non è tenuto a produrre un documento sfavorevole per il proprio assistito, magari sapendo che è l'unico esemplare disponibile, a patto che ciò non implichi affermare il falso ma eccepire che la tesi avversaria è priva di prove.

Come si vede, emerge con forza la questione secondo la quale l'etica processuale è relativa perché tende ad un fine strategico. Per ovviare a questa problematica alcuni[13] ritengono necessario ricorrere ad una ulteriore e meglio articolata normazione, in modo da limitare, il più possibile, il rischio di una deriva pericolosa nelle aule civili.

Tuttavia, è bene diffidare da un nuovo eccesso di regolamentazione procedurale. Può invece essere di aiuto la consapevolezza che nel processo civile, come nel diritto privato in genere, possa valere il principio del minimo etico, il quale implica che il diritto processuale civile non possa non prendere atto della moltitudine di orientamenti culturali presenti nella socie-

tà contemporanea e ingabbiare l'azione civile con regole spesso incomprensibili ed involute, che possono costituire un incentivo alla violazione dei principi etici[14]. Il processo civile, dunque, è chiamato a garantire libertà di movimento all'interno di un quadro generale, ispirato alle norme costituzionali ed ai principi fondamentali del processo, volti a tutelare la parità di posizioni delle parti, la terzietà del giudice e la ragionevole durata dell'intera dinamica processuale[15].

Come si è più volte sottolineato, l'avvocato è al centro del conflitto e va impedito, entro i dovuti margini di libertà di forme e di procedure, che sia portato ad agevolare la propria parte assistita mediante violazione di etica processuale, la quale presenta un valore pubblico di primaria importanza, che non deve essere trascurato e che vede nell'indipendenza della professione forense e nei singoli un presidio fondamentale.

Sebbene anche i codici deontologici della professione forense corrano il rischio di vaghezza e di scarsa chiarezza, una tipizzazione degli obblighi deontologici, nel caso dell'avvocatura, è opportuna, così come l'etica forense è bene sia custodita dalla stessa categoria professionale.

Occorre muoversi nella direzione di consolidare, tra gli avvocati, una cultura specifica e convergente, capace di fungere da criterio di riconoscimento.

[12] FEBBRAJO, *L'etica dell'avvocato come ordinamento*, in *Sociol. Dir.*, XII, 1985, pp. 85 e ss.

[13] IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma – Bari, 2007; LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di Febbrajo, Milano, 1995; TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, a cura di Febbrajo-Pennisi, Milano, 1996.

[14] GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; OLGATI, *L'etica dell'avvocato come ordinamento*, in *Sociol. Dir.*, XII, 1985, pp. 35 e ss.

[15] BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006; TARUFFO, *L'abuso del processo. Profili generali*, in *Atti del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2012, pp. 129 e ss.

LOCUS COMMISSI DELICTI

Locus commissi delicti negli illeciti IP commessi a mezzo Internet

di Adriano Sponzilli

del 25 febbraio 2019

Il Tribunale di Bologna torna sulla questione della competenza territoriale in caso di violazioni di diritti di proprietà industriale e di illeciti di concorrenza sleale commessi a mezzo Internet, sposando la tesi che nega che il foro del luogo di commissione dei fatti che si assumono lesivi possa individuarsi nel luogo in cui ha sede il soggetto colpito dall'altrui attività illecita.

Il provvedimento della Sezione specializzata in Materia di Impresa del Tribunale di Bologna in commento (ordinanza del 31 dicembre 2018) torna sulla *vexata quaestio* della individuazione della competenza territoriale in relazione a violazioni di diritti di proprietà industriale ed illeciti di concorrenza sleale commessi a mezzo Internet.

In materia industriale esiste una norma speciale in tema di competenza: l'articolo 120, comma 6, c.p.i. che prevede che *"le azioni fondate su fatti che si assumono lesivi del diritto dell'attore possono essere proposte anche dinanzi all'autorità giudiziaria dotata di sezione specializzata nella cui circoscrizione i fatti sono stati commessi"*. Questa disposizione è tuttavia pacificamente considerata un'applicazione particolare del foro facoltativo individuato dall'articolo 20 c.p.c. nel *locus commissi delicti*, quale luogo in cui è sorta l'obbligazione. Peraltro questa norma speciale, sicuramente applicabile agli illeciti di contraffazione di diritti di privativa disciplinati dal codice di proprietà industriale (marchi ed altri se-

gni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, segreti commerciali e nuove varietà vegetali), non trova applicazione in altre fattispecie pure di competenza delle Sezioni Specializzate in materia di Impresa, quali ad esempio le violazioni del diritto d'autore e gli illeciti di concorrenza sleale interferente, per i quali vale la norma generale dell'art. 20 c.p.c.

È noto che ai fini dell'individuazione del foro facoltativo in materia di illeciti il *locus commissi delicti* comprende, al contempo, il luogo in cui si realizza concretamente il danno e quello in cui si verifica l'evento causale che è all'origine di detto danno^[1]. Si ha quindi uno sdoppiamento in due diversi fori facoltativi, per cui si intenderà come foro del luogo di *"commissione del fatto"* sia il luogo di verifica della condotta lesiva (o *locus commissi delicti* in senso stretto), sia il luogo in cui si sono prodotti gli effetti pregiudizievoli conseguenti a tale condotta (*locus damni*). Ai fini della determinazione della competenza territoriale occorrerà, quindi, avere riguardo ad entrambi questi criteri.

L'individuazione di questo doppio foro del luogo di *"commissione del fatto"* pone una serie di problemi in relazione agli illeciti diffusi, come appunto quelli commessi a mezzo internet soprattutto con riferimento al secondo dei due fori facoltativi: il *locus damni*. Sul punto convivono da tempo

[1] Principio pacifico, che trova affermazione, in materia di competenza territoriale, fin da quando un analogo principio è stato riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria in tema di giurisdizione, a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia del 30 novembre 1976, nel caso *Handelskwekerij G. J. Bier BV contro Mines de potasse d'Alsace SA*, causa 21/1976, che per la prima volta ha affermato che *"qualora il luogo in cui avviene il fatto implicante un'eventuale responsabilità da delitto o quasi-delitto non coincida col luogo in cui tale fatto ha causato un danno, l'espressione 'luogo in cui l'evento dannoso e avvenuto' ... va intesa nel senso che essa si riferisce tanto al luogo ove è insorto il danno, quanto al luogo ove si è verificato l'evento generatore dello stesso; ne consegue che il convenuto può essere citato, a scelta dell'attore, sia dinanzi al giudice del luogo ove è insorto il danno, sia dinanzi a quello del luogo ove si è verificato l'evento dannoso"*. Per una rassegna della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto si veda: M. Lupoi, *Attività online e criteri di collegamento giurisdizionale*, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, 2, pag. 509 e ss.

orientamenti divergenti, nella giurisprudenza delle Sezioni specializzate in materia di Impresa[2].

Parte della giurisprudenza afferma che sulla base di questo criterio debba essere riconosciuta la competenza del **giudice del luogo ove risiede o è domiciliato il titolare del diritto di privativa lesa, quale luogo ove si verificano le conseguenze negative dell'illecito sul suo patrimonio** "essendo la sede della ricorrente il luogo di divulgazione e percezione dell'illecito da parte del soggetto danneggiato" (in questo senso si colloca in modo compatto la giurisprudenza ambrosiana[3]). Altro orientamento, invece, ritiene che, sulla base del medesimo criterio, debba essere riconosciuta la competenza del **giudice del luogo in cui i contenuti illeciti so-**

no stati immessi in rete, da identificarsi presuntivamente presso la sede o il domicilio dell'autore dell'illecito (si colloca invece in questo senso la giurisprudenza sabauda[4]). Merita di essere segnalato il fatto che per un certo periodo ha trovato spazio anche un terzo orientamento, secondo il quale in materia di illeciti industrialistici commessi a mezzo internet, si riteneva potesse trovare applicazione un criterio di competenza "diffusa" o "ambulatoria" in forza del quale si sarebbe dovuta riconoscere la competenza del giudice di ogni luogo in cui i contenuti contraffattori fossero stati raggiungibili a mezzo della rete internet[5]. Si tratta però di un orientamento oggi definitivamente superato: la tesi della competenza diffusa è stata smentita dalla Suprema Corte a

[2] Per una rassegna giurisprudenziale sul punto, si veda Fabio Ghiretti, *Commento all'art. 120 c.p.i.*, in Adriano Vanzetti, *Codice della Proprietà Industriale*, Milano, Giuffrè, 2013, a pag. 1210 e ss.

[3] Si vedano: Trib. Milano, ord. 14 ottobre 2017, in banca dati *DeJure*: "questo tribunale ritiene che la competenza territoriale sussista anche quale luogo in cui ha sede la ricorrente, essendo stato il fatto illecito perpetrato a mezzo internet ed essendo la sede della ricorrente il luogo di divulgazione e percezione dell'illecito da parte del soggetto danneggiato, deponendo in tale senso una interpretazione conforme e coerente con quella adottata dalla Corte di Giustizia in tema di competenza giurisdizionale ex art. 7.2. reg. CE 1215/2012 (già art. 5 reg. CE 44/2001). Il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire va interpretato nel senso che per tale luogo deve intendersi quello in cui è avvenuta la lesione del diritto della vittima, senza avere riguardo al luogo in cui si sono verificate o potrebbero verificarsi le conseguenze future di tale lesione (cfr. Cass. Sez. Un., 05/07/2011, n. 14654, Cass. Sez. Un., 27/12/2011, n. 28811; Cass. Sez. Un., 5/5/2006, n. 10312; Cass. 8076/2012). Nel caso di illecito consistente nella promozione e pubblicizzazione dei beni senza autorizzazione del titolare a mezzo di internet, la lesione del diritto della vittima è stato cagionato nel luogo della visualizzazione della promozione commerciale dei beni"; Trib. Milano 9 giugno 2017, nel procedimento R.G. 24793/2017, in: *giurisprudenzadelleimprese.it*: "sussiste la competenza di questa Sezione Specializzata, quale luogo in cui ha sede la ricorrente, essendo stato il fatto illecito perpetrato a mezzo internet ed essendo la sede della ricorrente il luogo di divulgazione e percezione dell'illecito da parte del soggetto danneggiato, che ivi ha anche reperito il bene in oggetto; – le argomentazioni della difesa del resistente, relative alla nota distinzione tra danno/evento e danno/conseguenza e alla vexata quaestio dell'applicabilità del criterio del luogo di verifica del danno/conseguenza, non si attagliano al caso di specie ove la competenza è stata radicata applicando il foro del luogo di verifica dell'evento dannoso e non delle ulteriori conseguenze dannose; – il criterio del luogo di verifica dell'evento dannoso è anche recepito dal reg. CE1215/2012 che all'art 7, primo comma n. 2, fa riferimento al luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire". In conformità a quanto affermato ripetutamente dalla Corte di Giustizia dell'Unione, l'art. 5, n. 3 cit. va interpretato nel senso che per tale luogo deve intendersi quello in cui è avvenuta la lesione del diritto della vittima, senza avere riguardo al luogo dove si sono verificate o potrebbero verificarsi le conseguenze future di tale lesione (cfr. Cass. Sez. Un., 05/07/2011, n. 14654; Cass. Sez. Un., 27/12/2011, n. 28811; Cass. Sez. Un., 5/5/2006, n. 10312; Cass. 8076/2012); – nel caso di specie, di illecito consistente nella promozione e pubblicizzazione dei beni senza autorizzazione del titolare, a mezzo di internet, la lesione del diritto della vittima è stato cagionata nel luogo di visualizzazione della promozione commerciale dei beni; – una diversa interpretazione, che individuasse la competenza ora nel luogo dell'inserzionista, ora del server, renderebbe non solo eccessivamente oneroso – se non addirittura impossibile – per la vittima dell'illecito stabilire il luogo idoneo a fondare il collegamento, ma anche consentirebbe agli autori degli illeciti, che facessero ricorso al commercio elettronico, di sottrarsi alla giurisdizione italiana, pur operando sul mercato italiano, quando avessero sede all'estero, applicandosi, in base al menzionato regolamento europeo, il medesimo criterio dell'evento dannoso". In altre parole, si creerebbe un grave vulnus che pregiudicherebbe l'efficacia delle norme, per quanto rileva, del diritto industriale e delle direttive europee, qualora fosse consentito l'uso di segni distintivi contro la volontà del titolare del diritto, mediante offerta o pubblicità su internet destinata a consumatori che si trovassero sul territorio dello stato, per il solo fatto che il server o il prodotto si trovi in uno stato terzo (cfr. CG caso *Oreal cit.*); Trib. Milano, 27 marzo 2013, n. 5395, in banca dati *DeJure*: "il prodotto in asserita contraffazione è stato pubblicizzato anche tramite la rete internet, consentendo così di individuare la competenza presso il foro in cui ha sede il soggetto passivo dell'illecito (...) che ivi risente del pregiudizio"

[4] Si vedano: Trib. Torino, ord. 19 gennaio 2016, *inedita*; e Trib. Torino, 19 gennaio 2014, in: *Giur. ann. dir. ind.*, 2016, 1, 697, ove si afferma che "il luogo di commissione della contraffazione industrialistica a mezzo Internet si identifica: in quello in cui avviene l'inserimento in un sito Internet dei dati illeciti; in quello di conclusione del contratto di vendita del prodotto contraffatto, che – di norma, essendo una offerta al pubblico – è quello della sede del venditore, che ivi ha conoscenza dell'accettazione dell'acquirente".

[5] Si veda: Trib. Milano, 26 aprile 2010, in: *Sez. Spec. P.I.*, 2010, 1, 209: che ritiene che "l'attività di pubblicizzazione e di offerta in vendita posta in essere dal contraffattore attraverso il proprio sito internet è sufficiente ad integrare la competenza per territorio in relazione al locus commissi delicti 'del Tribunale adito, in ragione della diffusività della sua propagazione connessa all'uso di internet, tale per cui è possibile affermare che l'illecito abbia avuto luogo anche nel circondario della sezione specializzata del Tribunale adito. L'attività di pubblicizzazione e di offerta in vendita online è atto rilevante ai fini della contraffazione".

Sezioni Unite persino in relazione al caso di illeciti che comportano una lesione della reputazione (o di altri diritti della personalità) commessi attraverso la diffusione di trasmissioni televisive o la pubblicazione di materiali in internet^[6]. Va detto che entrambi gli orientamenti sopra richiamati riposano su una consolidata giurisprudenza della Suprema Corte in tema di competenza, a sua volta ispirata dalla giurisprudenza delle Corti di Giustizia U.E. in tema di giurisdizione, formatasi in applicazione del Regolamento (UE) n. 1215/2012 (e prima ancora della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e del Regolamento CE n. 44/2001) che afferma in modo granitico che, ai fini della determinazione della competenza per “luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto” deve intendersi sia quello in cui è stata compiuta l’azione che ha provocato il danno (il *locus commissi delicti* in senso stretto), sia quello in cui il danno si è verificato (il *locus damni*), con la precisazione che, **per quest’ultimo, deve aversi riguardo al solo danno iniziale e non anche ai danni conseguenti**, assumendo rilevanza esclusivamente il luogo in cui è avvenuta la lesione del diritto della vittima, senza avere riguardo al luogo dove si sono verificate o potranno verificarsi le conseguenze future di tale lesione. L’orientamento assunto dalla giurisprudenza di merito maggiormente restrittiva ritiene che, nelle ipotesi di illecito commesso a mezzo internet, l’individuazione del luogo in cui si è verificato il danno iniziale, debba sostanzialmente coincidere con il luogo di commissione del fatto e quindi, tendenzialmente, con la sede del contraffattore (che viene in rilievo di volta in volta come luogo in cui avviene l’inserimento in un sito Internet dei dati illeciti oppure come luogo di conclusione dei contratti di compravendita di prodotti contraffatti); in questo modo si verifica che *locus commissi delicti* in senso stretto e *locus damni* si troveranno a coincidere e coincideranno anche con il *forum rei*. Di converso, l’orientamento assunto dalla giurisprudenza di merito meno restrittiva ritiene che, nelle medesime ipotesi, l’individuazione del luogo in cui si è verificato il danno iniziale, possa invece coincidere con la sede del titolare dei diritti che sono stati lesi dalla contraffazione, quale luogo ove si verificano le conseguenze negative dell’illecito sul patrimonio della vittima.

L’ordinanza in commento del Tribunale di Bologna si inserisce in questo dibattito giurisprudenziale, sposando in modo netto l’orientamento maggiormente restrittivo.

La questione affrontata aveva ad oggetto una serie di pretese violazioni di marchio, commesse anche mediante l’utilizzo asseritamente abusivo di un *domain name*, e di concorrenza sleale di natura confusoria ex art. 2598, n. 1 c.c., rispetto alle quali veniva domandata tutela cautelare d’urgenza e in particolare l’adozione di provvedimenti di inibitoria. La società ricorrente aveva la propria sede all’interno del distretto di competenza della Sezione specializzata, mentre la resistente risultava essere collocata al di fuori. Inoltre, dalle prospettazioni della stessa ricorrente, si evidenzia che sia la società resistente sia le persone fisiche indicate quali responsabili degli ipotizzati illeciti operavano al di fuori del distretto. Su questa base, l’ordinanza in commento ha ritenuto di dover negare la competenza del Tribunale di Bologna, quale giudice distrettuale dell’Impresa, a favore di altra Sezione specializzata.

L’ordinanza in commento ritiene che “*malgrado il concetto di ‘commissione del fatto’ venga talora interpretato estensivamente, riferendolo non solo al luogo della condotta, ma anche a quello (od a quelli) in cui se ne producono gli effetti pregiudizievoli – la suddetta locuzione non può comunque comprendere anche il luogo in cui ha sede il soggetto colpito dall’altrui attività illecita*”.

Nello sposare questa azione interpretativa, il Tribunale di Bologna richiama la giurisprudenza di legittimità, formatasi in materia di determinazione della giurisdizione in applicazione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (successivamente sostituita dal Regolamento CE n. 44/2001 e ora dal Regolamento UE n. 1215/2012), che nel definire la nozione di “luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto” afferma il principio dello sdoppiamento del *locus commissi delicti* nel duplice luogo del compimento dell’azione lesiva (il *locus commissi delicti* in senso stretto) e luogo di patimento del danno (il *locus damni*) e richiama il principio pacifico per il quale in relazione al *locus damni* deve aversi riguardo al solo danno iniziale, e non anche ai danni conseguenti, assumendo rilevanza esclusivamente il luogo ove il fatto cau-

[6] Sul punto si veda Cass. civ., SS.UU., 13 ottobre 2009, n. 21661: “*nel caso di lesione di diritti della personalità per mezzo di trasmissione televisiva – ma si tratta di principio estensibile alla competenza su tutte le domande di risarcimento dei danni derivanti da pregiudizi dei diritti della personalità recati da mezzi di comunicazione di massa – la competenza territoriale deve essere del Giudice del luogo di domicilio (o della sede) della persona. Difatti, la duplice esigenza di attribuire rilievo non alla mera potenzialità dannosa, ma al pregiudizio effettivo, e di individuare un unico luogo certo in cui si possa ritenere sorta l’obbligazione risarcitoria, consente di superare l’indirizzo risalente che, nel caso di lesione della reputazione per mezzo della stampa, ha identificato tale luogo con quello di pubblicazione attribuendo valore decisivo anche in tal caso al domicilio (e alla residenza) del danneggiato, come luogo in cui certamente e principalmente si è verificato il danno risarcibile*”; in termini Cass. civ. 22 febbraio 2010, n. 4186; Cass. civ. 12 gennaio 2015, n. 271.

sale ha prodotto direttamente i suoi effetti nei confronti di colui che ne è la vittima immediata^[7].

Svolte queste precisazioni, il Tribunale afferma che in materia di violazione di diritti di proprietà industriale e di illeciti di concorrenza sleale commessi in modo diffuso (e in particolare attraverso l'uso di strumenti telematici) il luogo di patimento del danno non può essere ritenuto corrispondere alla sede del soggetto vittima dell'illecito.

L'orientamento restrittivo sposato dal provvedimento qui in commento appare ispirato all'esigenza di evitare un eccessivo *favor* per le ragioni del ricorrente titolare del diritto di privativa lesa, il quale, se si seguisse l'opposto orientamento, si troverebbe sempre nella posizione di attrarre la competenza presso il proprio giudice, quale luogo del pregiudizio patrimoniale (così di fatto trasformando il *locus commissi delicti* in una regola generalizzata di *forum actoris*). Oltre a ciò, questa giurisprudenza appare essere quella esegeticamente più vicina alle acquisizioni della giurisprudenza di legittimità e della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si pensa in particolare alla recente sentenza Cass. civ. sez. VI, 1° marzo 2017, n. 5254, che compiendo uno sforzo di chiarezza rispetto alla precedente giurisprudenza di legittimità (che si limitava a riaffermare il principio dello sdoppiamento del *locus commissi delicti*) ha affermato che nel caso di condotte lesive consistite nella pubblicazione di un prodotto su un sito web, “*il luogo ove i fatti sono stati commessi*” va individuato in quello di stabilimento dell'inserzionista (nella specie coincidente con la

sede della convenuta), trattandosi del luogo in cui è stato deciso ed avviato il processo tecnico finalizzato alla visualizzazione dell'annuncio commerciale (...); in alternativa, è competente il Tribunale del luogo (...) in cui ... ha sede la società che gestisce il sito web”.

Per altro verso, potrebbe però osservarsi che l'orientamento in parola comporta una significativa compressione delle facoltà del ricorrente titolare del diritto di privativa lesa, dato che ritenendo il luogo di patimento del danno coincida con il luogo di commissione dell'illecito e ritenendo che questo sia presuntivamente collocato presso la sede dell'autore dell'illecito, porta di fatto a far coincidere tanto il *locus commissi delicti* in senso stretto, tanto il *locus damni* con il *forum rei*, consentendo a chi commetta un illecito *online* di vedere radicata la competenza sempre avanti al proprio giudice. Per altro verso, questo orientamento presenta anche lo svantaggio di porre regole di competenza differenti per gli illeciti commessi *online* a danno di diritti di privativa industriale ed illeciti commessi *online* a danno di diritti della personalità, posto che per questi ultimi è ormai consolidato il principio secondo il quale il luogo di patimento del danno deve essere identificato con il “*luogo del domicilio (o della sede della persona giuridica) o, in caso sia diverso, anche del giudice della residenza del danneggiato*”^[8], mentre sarebbe forse preferibile che, per gli illeciti commessi *on line*, vi fosse regole uniche, sia per la materia della violazione dei diritti della personalità, sia per quella della violazione dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale.

[7] Il provvedimento in commento cita in particolare la sentenza Cass. civ. SU.UU. 13 dicembre 2005, n. 27403, in: *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12 a mente della quale “*ai sensi dell'art. 5, numero 3, convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (resa esecutiva con la Legge 21 giugno 1971 n. 804), che stabilisce il criterio di collegamento per individuare la giurisdizione in materia di delitti e quasi delitti nel 'luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto', per tale luogo deve intendersi sia quello in cui è stata compiuta l'azione che ha provocato il danno, che quello in cui il danno si è verificato, con la precisazione che, per quest'ultimo, deve aversi riguardo al solo danno iniziale e non anche ai danni conseguenti, assumendo rilevanza esclusivamente il luogo ove il fatto causale ha prodotto direttamente i suoi effetti nei confronti di colui che ne è la vittima immediata*”; la sentenza Cass. civ. SU.UU. 5 luglio 2011, n. 14654, in: *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1008, per la quale: “*in conformità a quanto affermato in più occasioni dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, l'art. 5, n. 3, del regolamento CE n. 44 del 2001 – il quale stabilisce il criterio di collegamento per individuare la giurisdizione in materia di delitti e quasi delitti nel 'luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto' – va interpretato nel senso che per tale luogo deve intendersi quello in cui è avvenuta la lesione del diritto della vittima, senza avere riguardo al luogo dove si sono verificate o potranno verificarsi le conseguenze future di tale lesione*”; la sentenza Cass. civ. SS.UU. 10 settembre 2013, n. 20700, che ribadisce ancora una volta che “*l'espressione 'luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire', di cui all'art. 5, punto 3, del Regolamento n. 44/2001, concerne sia il luogo in cui il danno si è concretizzato sia il luogo del fatto generatore di tale danno; ne consegue che il convenuto può essere citato, a scelta dell'attore, davanti ai Giudici dell'uno o dell'altro di detti luoghi*”; e le sentenze Cass. civ. 27 dicembre 2011, n. 28811 che si esprime sostanzialmente in termini.

[8] Si veda ancora la già citata sentenza Cass. civ. SU.UU., 13 ottobre 2009, n. 21661

RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE

Ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7 della Costituzione. Ammissibile nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento?

di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

del 26 febbraio 2019

Sommario

1. La struttura processuale delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.
2. Brevi cenni sull'esperibilità del rimedio del ricorso straordinario per cassazione
3. Ricorso straordinario per cassazione e procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.
4. Conclusioni.

1. La struttura processuale delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento

Al fine di comprendere la portata della problematica in questione, appare preliminarmente utile fornire un breve inquadramento sistematico del tema^[1].

Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento sono, allo stato, disciplinate dalla [legge, 27 gennaio 2012, n. 3](#) e succ. mod. integr.

Essendo nostra intenzione concentrare l'attenzione sui profili strettamente processuali delle diverse procedure e non su quelli sostanziali, ci limitiamo a ricordare che il debitore, che intenda far ricorso, ove ne ricorrano i presupposti, ad una delle tre procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, deve necessariamente avvalersi dell'ausilio di un organismo di composizione della crisi, laddove costituito sul territorio, o, in alternativa, di un professionista che faccia funzioni di organismo di composizione della crisi e che venga nominato, ai sensi del [nono comma dell'art. 15 L. n. 3 del 2012](#), dietro istanza del debitore, dal Presidente del Tribunale o dal giudice da lui delegato.

Una volta ottenuta la nomina del gestore della crisi da parte del Referente dell'organismo ovvero la nomina del professionista facente funzioni di organismo stesso da parte del Presidente del Tribunale o dal giudice da lui delegato, il de-

bitore dovrà prendere contatti con il gestore o con il professionista nominato, al fine di presentargli la propria proposta di accordo di composizione della crisi, di piano del consumatore ovvero la domanda di liquidazione del patrimonio e fornirgli tutti gli elementi che gli consentano di svolgere i compiti e le funzioni che al medesimo competono in forza della [legge n. 3 del 2012](#) (ad esempio e a seconda della tipologia di procedura scelta, redigere l'attestazione di fattibilità ovvero la relazione particolareggiata).

Può sovente verificarsi l'ipotesi in cui il debitore, pur avendo ottenuto la nomina del gestore/professionista, rimanga inerte e si astenga dal prendere contatti con il gestore ovvero, pure contravvenendo al disposto di cui alla lettera d) del [secondo comma dell'art. 7 L. n. 3/2012](#), dal fornire al medesimo la documentazione che consenta di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale, o infine dal presentare una proposta di accordo o di piano o una domanda di liquidazione.

In tale ipotesi, non infrequenti sono stati i casi in cui il Tribunale adito, dietro segnalazione del gestore della crisi o del professionista incaricato, ha dichiarato la chiusura o, comunque, l'archiviazione della procedura di composizione della crisi^[2].

Si consideri, ora, l'ipotesi contraria, in cui il debitore, avva-

[1] Per un interessante approfondimento sistematico, cfr. Trib. La Spezia, [13 giugno 2018](#), in [www.ilcaso.it](#);

[2] *Ex multis*, cfr. Cass., 1 giugno 2018, n. 14076, in [www.cortedicassazione.it](#); id., 12 marzo 2018, n. 5997, *ibidem*; id., [23 febbraio 2018, n. 4500](#), *ibid.*; id., 21

lendosi dell'ausilio del gestore della crisi ovvero del professionista, presenti, presso il Tribunale territorialmente competente, una proposta di accordo o di piano del consumatore o una domanda di liquidazione.

Con riferimento alla procedura di accordo di composizione della crisi e di piano del consumatore, la [L. n. 3 del 2012](#) e succ. mod. integr. e, in particolare, gli artt. [7](#), [8](#), [9](#), [10](#), [11](#), [12](#), [12 bis](#) e [12 ter](#), contemplan un articolato procedimento caratterizzato da due fasi, l'una c.d. "preliminare", l'altra c.d. "di omologa".

Nell'ambito della fase preliminare, il giudice del sovraindebitamento, a seguito di deposito della proposta di accordo di composizione della crisi o di piano del consumatore, verifica la sussistenza dei requisiti di cui agli artt. [7](#), [8](#) e [9](#) della L. n. 3 del 2012. Trattasi di una verifica generalmente svolta in camera di consiglio, pur potendo il giudice delegato, invocando l'[art. 9, comma 3 ter](#), assegnare al ricorrente un termine perentorio, sino a quindici giorni, per il deposito di integrazioni ed ulteriori documenti. In assenza dei requisiti previsti dalle suddette disposizioni normative, il giudice pronuncia decreto con il quale non ammette il debitore alle fasi di omologa delle procedure di accordo di composizione della crisi o di piano del consumatore. Avverso tale decreto è ammesso reclamo, a norma degli artt. [737](#) ss. c.p.c., con la specificazione che del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Al contrario, qualora il giudice del sovraindebitamento verificasse la presenza dei requisiti previsti dagli artt. [7](#), [8](#) e [9](#), ammetterebbe il ricorrente sovraindebitato alla successiva fase c.d. di omologa delle procedure di accordo o di piano, pronunciando i decreti di cui agli artt. [10](#) (per la procedura di accordo di composizione della crisi) ovvero [12 bis](#), commi [1](#) e [2](#) (per la procedura di piano del consumatore). Trattasi, nella specie, di provvedimenti con i quali il giudice della procedura fissa l'udienza di comparizione delle parti, instaurando così il contraddittorio tra il debitore ed i suoi creditori, disponendo anche, quanto alla procedura di accordo di composizione, la sospensione d'ufficio di tutte le procedure esecutive avviate, pendenti nei confronti del debitore, quanto invece alla procedura di piano del consumatore, la sospensione di determinate procedure esecutive pendenti che, dietro istanza di parte e successivo accertamento giudiziale, possano pregiudicare la fattibilità del piano. Prescrive il [sesto comma dell'art. 10 L. n. 3/2012](#) per la procedura di accordo, ma ad avviso di chi scrive, stante l'identità di *ratio*, valevole anche per la procedura di piano del consumato-

re, che si applicano, in quanto compatibili, gli artt. [737](#) e seguenti del codice di procedura civile e che il reclamo si propone al tribunale e che del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Con la fissazione dell'udienza di comparizione, si apre la fase "di omologa", la quale presenta caratteristiche differenti a seconda che la procedura prescelta sia quella di accordo di composizione della crisi o di piano del consumatore.

Con riferimento alla procedura di accordo di composizione della crisi, la [L. n. 3 del 2012](#) contempla due sotto-fasi. La prima sotto-fase è rappresentata dal voto della proposta di accordo e prevede che i creditori, cui la proposta di accordo ed il decreto di fissazione udienza sia notificato, esprimano il proprio voto sulla proposta, nella forma di consenso espresso, dissenso espresso o di silenzio assenso. Nell'ipotesi in cui non si raggiunga la prescritta maggioranza dei consensi di cui all'[art. 11, secondo comma, L. n. 3/2012](#), il giudice pronuncerà l'improcedibilità della procedura di accordo di composizione. Nel caso contrario, l'accordo tra il debitore ricorrente ed i creditori potrà dirsi concluso ed il giudice delegato, tramite rimessione degli atti in camera di consiglio, introdurrà la seconda sotto-fase, caratterizzata dal giudizio di omologa.

Tale seconda sotto-fase prevede che il giudice delegato verifichi l'idoneità e la convenienza della proposta di accordo rispetto al dettato normativo di cui all'[art. 12, secondo comma, L. n. 3/2012](#). Due sono i possibili esiti: in caso negativo, il giudice pronuncerà decreto di rigetto dell'omologazione della proposta di accordo; in caso positivo, il giudice emetterà decreto di omologazione della proposta di accordo. Avverso il decreto del giudice può essere presentato reclamo, a mente degli artt. [737](#) ss. c.p.c., e del collegio non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato.

Con riferimento alla procedura di piano del consumatore, la legge contempla al contempo due sotto-fasi. La prima è caratterizzata dalla discussione della proposta di piano e prevede che le parti, in contraddittorio tra di loro, discutano in ordine alla proposta di piano del consumatore presentata dal debitore. A seguito della discussione della proposta di piano del consumatore, il giudice rimette gli atti in camera di consiglio, così introducendo la seconda fase, caratterizzata dal giudizio di omologa e consistente nella verifica, da parte del giudice, dell'idoneità, fattibilità, convenienza e meritevolezza della proposta, come prescritto dal [terzo comma dell'art. 12 bis L. in argomento](#). Anche in questo caso, due sono i possibili esiti: in caso negativo, il giudice pronuncerà provvedi-

mento di rigetto dell'omologazione della proposta di piano; in caso positivo, il giudice emetterà decreto di omologazione della proposta di piano del consumatore.

Anche in questo caso, pur la disposizione non contenendo un espresso richiamo, si ritengono applicabili, in quanto compatibili, gli artt. [737](#) c.p.c., con la conseguenza che l'eventuale reclamo si propone al tribunale in composizione collegiale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Sia dell'accordo di composizione della crisi sia del piano del consumatore, entrambi omologati, può essere rispettivamente pronunciato l'annullamento o la risoluzione nelle ipotesi previste dall'[art. 14](#) (quanto alla procedura di accordo) o la revoca e la cessazione degli effetti del piano del consumatore nelle ipotesi di cui all'[art. 14 bis L. 3 del 2012](#). In entrambe le ipotesi, contro il provvedimento giudiziale può essere proposto un reclamo avanti al tribunale in composizione collegiale, a norma degli artt. [737](#) c.p.c., e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento. Quanto alla procedura di liquidazione del patrimonio ex artt. [14 ter](#) ss., la L. n. 3 del 2012 contempla una procedura meno articolata, che si articola in due fasi, quella di apertura e di chiusura della procedura.

Anche nella fase di apertura, decretata dal giudice ove ricorrano i presupposti di ammissibilità di cui all'[art. 14 ter](#), si applica in quanto compatibile la disciplina camerale.

2. Brevi cenni sull'esperibilità del rimedio del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, co. 7, Cost.

Orbene, preso atto della pacifica applicabilità della disciplina processuale camerale, pur secondo i canoni di compatibilità, alle procedure di composizione della crisi e preso altresì atto del fatto che i provvedimenti che riguardano tali procedure non assumono la forma della sentenza ma quella del decreto, il tema che il presente lavoro si pone l'obiettivo di affrontare

concerne la specifica questione dell'esperibilità o meno del rimedio del ricorso straordinario per cassazione ai sensi e per gli effetti dell'[art. 111, settimo comma, Cost.](#) contro i provvedimenti che riguardano le procedure in argomento.

In linea generale, lo storico e consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione, peraltro ripreso anche in tema di procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, non preclude la possibilità di impugnare, con un ricorso straordinario per cassazione ex [comma 7 dell'art. 111 Cost.](#), provvedimenti resi all'esito di un procedimento camerale e, più in generale, i provvedimenti che assumano la forma di decreto (come nelle procedure in esame) o di ordinanza, quindi una forma diversa dalla sentenza, purché dotati dei necessari caratteri di decisorietà e contestuale definitività.

Il riferimento giurisprudenziale, per tutti, va alla recente sentenza [n. 27073](#) delle Sezioni Unite pronunciata in data 28 dicembre 2016^[3], che, con riferimento al concordato preventivo, ha ritenuto che il provvedimento relativo alla fase di ammissibilità della proposta non sia ricorribile per cassazione essendo privo dei requisiti di decisorietà e definitività; requisiti, invece, presenti nei provvedimenti, di accoglimento o rigetto, relativi alla successiva fase di omologazione.

Sui suddetti principi, si è registrata una sostanziale continuità giurisprudenziale, attestata anche, oltre che dalla citata sentenza, da un ulteriore precedente giurisprudenziale delle Sezioni Unite (la sentenza [n. 1914 del 2 febbraio 2016](#)), in cui si ribadisce che un provvedimento, anche se emesso in forma di decreto ovvero di ordinanza, può essere impugnato con ricorso straordinario, purché avente carattere decisorio, carattere questo sussistente allorché incida con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, e definitivo, carattere questo sussistente allorché non sia altrimenti modificabile^[4].

In dottrina, si sono registrate diverse opinioni contrastanti. In particolare, con riferimento alla questione sulla ricorribilità per cassazione dei provvedimenti concernenti la fase di am-

[3] Cfr. Cass., [28 dicembre 2016, n. 27073](#), in [www.cortedicassazione.it](#), con nota di Fabiani, *La tutela giurisdizionale di legittimità nelle soluzioni concordate della crisi*, *Foro It.*, I, 1338; Pagni, *Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato e accordi nella prospettiva delle Sezioni Unite*, *Fall.*, 2017, 537 e Palladino, *Idictum delle S.U. sull'impugnabilità dei provvedimenti emessi nella procedura di concordato*, *Il fallimentarista.it*, fasc. 4.9.2017, 1 ss.; conf., Cass., [12 aprile 2018, n. 9087](#), *ibid.*, con nota di Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una procedura concorsuale: la Cassazione completa il percorso*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, 8-9, 894; Cass., SSUU, [10 aprile 2017, n. 9146](#), *ibid.*, con nota di Sacchetti, *Assorbita dal reclamo l'intera controversia sulla crisi aziendale*, *Guida al diritto*, 2017, 21, 58; relativamente all'impugnazione di provvedimenti camerale cfr., Cass., [28 settembre 2017, n. 22693](#), *ibid.*; *Id.*, [22 giugno 2017, n. 15548](#), *ibid.*; *Id.*, [21 novembre 2016, n. 23633](#), *ibid.*, con nota di Turroni, *And she opened and went in: la Cassazione apre alle misure di potestà*, *Giur. It.*, 2017, 6, 1343 e Nascosi, *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di potestà*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 4, 1, 560 e Pirruccio, *Un decreto che incide su diritti personalissimi*, *Guida al diritto*, 2017, 7, 51; *Id.*, [16 settembre 2015, n. 18194](#), *ibid.*; *Id.*, [10 maggio 2013, n. 11218](#), *ibid.*;

[4] Cass., SSUU, [2 febbraio 2016, n. 1914](#), *ibid.*, con nota di Carratta, *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in cassazione dell'ordinanza sul "filtro" in appello*, *Giur. It.*, 2016, 6, 1371; Tiscini, *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura delle Sezioni Unite al ricorso straordinario*, *Il Corriere Giuridico*, 2016, 8-9, 1125; Ludovici, *Appello civile, mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento, ordinanza, ricorso straordinario per cassazione*, *Foro it.*, 2016, 7-8, 1, 2478;

missione della procedura di concordato preventivo, si sono sviluppate due impostazioni di pensiero, l'una propendente per la soluzione negativa, in ragione della riproponibilità della domanda^[5]; l'altra, per la soluzione affermativa^[6]. Si è invece generalmente registrata un'opinione favorevole circa l'impugnabilità con il ricorso straordinario per cassazione dei provvedimenti emessi all'esito del reclamo ex [art. 183 L. fallimentare](#)^[7].

3. Ricorso straordinario per cassazione e procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento

Posta la definizione generale, non rimane che verificare se ed in che termini i provvedimenti resi in materia di procedure di composizione possano dirsi decisorie e definitive e, conseguentemente, possano considerarsi ricorribili per cassazione secondo i principi dalle Sezioni Unite della Suprema Corte. La questione della ricorribilità in Cassazione ex [art. 111 Cost.](#) dei provvedimenti resi in materia di procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento ai sensi della [L. 27 gennaio 2012, n. 3](#), smi, è stata, a più riprese, affrontata dalla Suprema Corte, in seno alla quale è andato via via consolidandosi un orientamento, quanto meno in parte, in senso negativo.

Le ordinanze del supremo consesso sembrerebbero aver recepito i principi già espressi dalle Sezioni Unite in tema di concordato preventivo, mutuandoli alle procedure concorsuali "minori".

Le pronunce della Corte, che nel prosieguo verranno esaminate, possono essere suddivise in due gruppi: il primo, rap-

presentato da una serie di pronunce concernenti la fase iniziale ovvero momenti intermedi delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, la fase, propriamente detta, di "ammissione" alla procedura; il secondo, rappresentato, invece, da una serie di ordinanze concernenti la fase finale delle menzionate procedure, nella specie la fase inerente all'omologa della proposta di accordo di composizione della crisi ovvero di un piano del consumatore o alla declaratoria di apertura della richiesta liquidazione del patrimonio. Nel primo caso, la Corte ritiene che, trattandosi di provvedimenti privi del requisito della decisorietà e della definitività e ben potendo il ricorrente far ricorso ad una ulteriore procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento benché entro i limiti temporali fissati dalla legge (ove applicabili), non sia ammissibile il ricorso per cassazione, con lo strumento del ricorso straordinario ex [art. 111, co. 7, Cost.](#)^[8]. Sottolinea la Suprema Corte come la natura "non decisoria" di tale tipologia di provvedimenti si evinca dalla logica circostanza di non aver deciso nel "[...] *contraddittorio tra le parti su diritti soggettivi*" e non essendo, dunque, idonei al giudicato^[9].

Nel secondo caso, la Suprema Corte, pur registrando un unico isolato e criticato indirizzo in senso negativo, sembrerebbe essersi attestata, quanto meno relativamente alla procedura di accordo di composizione della crisi, sulla possibilità di impugnare, con un ricorso straordinario per cassazione ex [art. 111, comma 7, Cost.](#), i provvedimenti, siano di accoglimento ovvero di rigetto, dei reclami concernenti i decreti di omologazione o di rigetto dell'omologa di una proposta

[5] Pajardi, Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2008, 883; Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2013, 330;

[6] Marelli, *L'impugnazione del decreto di inammissibilità e la reiterazione della proposta di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 322; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 442 ss.; Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 548;

[7] AAVV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, 2256 ss., e Pica, *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano e Forgillo;

[8] Cass., [1 febbraio 2016, n. 1869](#), in [www.cortedicassazione.it](#), che ha espressamente rilevato che "il decreto reiettivo del reclamo avverso il provvedimento di rigetto dell'ammissibilità del piano del consumatore di cui agli artt. [6, 7, comma 1 bis](#), e [8 legge n. 3/2012](#), non precludendo a quest'ultimo – benché nei limiti temporali previsti dall'[art. 7, comma 2, lett. b, medesima legge](#) – di presentare un altro e diverso piano di ristrutturazione dei suoi debiti, è privo dei caratteri della decisorietà e della definitività, sicché non è ricorribile per cassazione"; conf. id., [14 marzo 2017, n. 6516](#), *ibid.* (ove viene preso in veniva preso in considerazione il caso di un'impugnativa in cassazione di un decreto reiettivo del reclamo avverso una pronuncia di inammissibilità di una proposta di accordo di composizione della crisi); id., 8 agosto 2017, n. 19470, *ibid.*; id., [7 settembre 2017, n. 20917](#), *ibid.*, id., 7 novembre 2017, n. 26201, *ibid.*; id., 21 febbraio 2018, n. 4276, *ibid.*; id., [23 febbraio 2018, n. 4500](#), *ibid.*; id., 1 marzo 2018, n. 4786, *ibid.*; id., 12 marzo 2018, n. 5997, *ibid.*; id., 1 giugno 2018, n. 14076, *ibid.*; id., 26 settembre 2018, n. 23158, *ibid.*; id., 26 ottobre 2018, n. 27287, *ibid.*; id., 13 novembre 2018, n. 29014, *ibid.*; in giurisprudenza, con riferimento alla procedura pre-fallimentare, cfr. Id., [2 aprile 2015, n. 6683](#), *ibid.* Per approfondimenti in dottrina, v. Alecci, *Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva rimediale: note a margine di Cass. Civ., 1 febbraio 2016, n. 1869*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2017, 369; Per ulteriori approfondimenti in dottrina, v. nota di Carmelino, *Foro It.*, 2016, 5, 1, 1804; Capocchetti, *La nozione di consumatore nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, *Giur. It.*, 2016, 4, 817; Pasquariello, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016, 6, 665; Trubiani, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 7-8, 1, 989; Sacchetti, *Escluso il salvataggio per debiti legati all'attività svolta*, *Guida al dir.*, 2016, 9, 38;

[9] Cass., [14 marzo 2017, n. 6516](#), *ibid.*;

di accordo di composizione della crisi, essendo dotati dei necessari requisiti della decisorietà e definitività[10].

Con riferimento al requisito della definitività, la Suprema Corte afferma che, senza ombra di dubbio, il provvedimento *de quo* non è altrimenti impugnabile.

Con riferimento poi al requisito della decisorietà, l'orientamento in questione ritiene preliminarmente che, ai fini dell'individuazione dei contorni di tale nozione, non possa che farsi riferimento ai principi enunciati dalle Sezioni Unite con la sentenza [n. 27073 del 28 dicembre 2016](#), in materia di concordato preventivo.

In forza di tale nota pronuncia, il requisito della decisorietà si compone di due differenti, pur intimamente collegati, profili: il primo, caratterizzato dal carattere contenzioso del procedimento che in concreto venga considerato; il secondo, caratterizzato dall'idoneità del provvedimento, che conclude il procedimento, ad incidere su diritti soggettivi, secondo quanto è effetto tipico della giurisdizione contenziosa, di quella invece che si esprime su una controversia.

Entrambi i profili risultano essere presenti nel provvedimento che decide sull'omologa di una proposta di accordo di composizione della crisi: in primo luogo, il carattere contenzioso del procedimento lo si può evincere dal disposto di cui all'[art. 12 bis](#) (rectius, [art. 10](#)), laddove prescrive che il giudice nel decreto con cui fissa l'udienza disponga che la proposta ed il decreto vengano comunicati, entro un certo termine, a tutti i creditori; in secondo luogo, il requisito dell'idoneità del provvedimento conclusivo della procedura a statuire su diritti soggettivi risulta soddisfatto dal disposto di cui all'[art. 12 ter](#), il quale, nel disciplinare la fase di esecuzione dell'accordo, prevede il blocco di tutte le azioni esecu-

tive individuali e l'obbligatorietà del piano omologato per i creditori.

Dunque, trattandosi di provvedimento definitivo e decisorio può essere impugnato *ex art. 111 Cost.*

Quanto alla procedura di piano del consumatore, allo stato, si rinviene un'unica ordinanza interlocutoria, che, pur non dichiarando *tout court* inammissibile il ricorso, ritiene opportuna una trattazione in pubblica udienza[11].

La citata ordinanza, dopo aver puntualmente ripercorso l'*excursus* dell'orientamento giurisprudenziale in suo seno formatosi in ordine alla ricorribilità o meno dei provvedimenti in argomento, ha giustificato, alla luce della «non perfetta sovrapponibilità» della struttura tra le due procedure (l'una, quella di accordo, che passa attraverso una fase di voto della proposta, di «raggiungimento dell'accordo», fase assente nell'altra, quella di piano del consumatore), l'impossibilità di ravvisare evidenze decisorie tali da consentire di definire il ricorso presso la sezione filtro.

Se tale è la posizione della giurisprudenza, in dottrina si sono sviluppati tre diversi orientamenti.

Alcuni autori ritengono che, sia i provvedimenti concernenti la fase di ammissione sia quelli riguardanti la successiva fase di omologa, non sarebbero impugnabili con ricorso straordinario per cassazione, sulla base della considerazione per cui gli stessi risulterebbero privi dei necessari requisiti di decisorietà e definitività e sulla base dell'ulteriore considerazione relativa alla riproponibilità della o delle procedure pur entro i limiti temporali, ove applicabili, di cui all'[art. 7, co. 2](#)[12]. Altri autori, per contro, propendono per la soluzione affermativa in entrambi i casi[13].

Altri autori propendono per una soluzione intermedia. Di-

[10] Nel senso di ritenere ammissibile il ricorso straordinario per cassazione, cfr. Cass., 20 dicembre 2016, n. 26238, *ibid.*; in senso conf., id., [23 febbraio 2018, n. 4451](#); in senso diff., id., [1 agosto 2017, n. 19117](#), *ibid.*, la quale ha posto il rilievo che, ai sensi dell'[art. 12, co. 2, L. n. 3/2012](#), il procedimento di omologazione è soggetto alle norme generali dei procedimenti in camera di consiglio e dunque anche alla disposizione di cui all'[art. 742 c.p.c.](#), a mente della quale i decreti emessi a seguito dei procedimenti in camera di consiglio possono essere in ogni tempo modificati o revocati, salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede in forza di convenzioni anteriori alla modifica o alla revoca, con la conseguenza che non sono ricorribili per cassazione. Per approfondimenti in dottrina, v. Picardi, *Decreto di rigetto dell'omologa del piano del consumatore emesso in sede di reclamo: è ricorribile in Cassazione?*, *Ilprocessocivile.it*, fasc. 28 dicembre 2017, 1 ss.; Crivelli, *Profili applicativi delle procedure di accordo e di piano del consumatore*, *Dir. Fall.*, 2017, 2, 526; Picardi, *Codice di Procedura Civile*, Giuffrè, 2015, II, 4159 ss.

[11] Cass., 11 maggio 2018, n. 11877, in [www.cortedicassazione.it](#);

[12] Durello, *Profili processuali del procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 2, 2014, 651; Locatelli, *Contro i provvedimenti lo strumento del reclamo*, in *Guida dir.*, 2012, 58; Filocamo, *L'ammissione e l'anticipazione degli effetti protettivi*, in *AAVV, Sovraindebitamento e usura*, a cura di Ferro, Milano, Ipsoa, 2012, 149;

[13] Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore « non fallibile »* ([D.L. 212/2011](#)), in *Il caso.it*, 12; Guiotto, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile osservazioni in itinere*, in *Fall.*, 2012, 27, nota 33; D'Amora-Minutoli, *L'omologazione dell'accordo*, in *Sovraindebitamento e usura*, (a cura di M. ferro, Milano, 2012, 201; Bersani, *La composizione della crisi da sovraindebitamento per le imprese non fallibili nella L. n. 3/2012*, in *Fisco*, 2012, 10; Tiscini, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 668, il quale precisa come la natura decisorietà del provvedimento, nel senso di incidere su diritti soggettivi, potrebbe emergere dall'interesse che gli stessi creditori potrebbero avere interesse all'apertura

stinguono, in particolare, tra i provvedimenti che concernono la fase di ammissione da quelli che concernono la fase di omologa della proposta di accordo o di piano, riconoscendo *de facto* solo per questi ultimi l'esperibilità del rimedio del ricorso straordinario per cassazione, essendo dotati dei detti requisiti di decisorietà e definitività^[14].

Una questione rimasta irrisolta nella giurisprudenza di legittimità, ma affrontata dalla dottrina, riguarda la possibilità o meno di impugnare con un ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.*, il provvedimento che decide del reclamo avverso il decreto di accoglimento ovvero di rigetto della domanda di annullamento o di risoluzione dell'accordo di composizione della crisi proposta ai sensi dell'*art. 14 della L. n. 3 del 2012* (o di revoca e di cessazione degli effetti del piano del consumatore ai sensi dell'*art. 14 bis della medesima legge*).

Sul punto, si sono sviluppati due orientamenti; l'uno, in senso affermativo, che ha messo in luce il carattere decisorio del provvedimento atto a statuire in via definitiva su contrapposte situazioni soggettive di natura sostanziale, facenti capo al debitore, al creditore ricorrente e agli altri creditori^[15]; l'altro, che, con risposta in senso intermedio, ha ritenuto che sarebbe impugnabile con ricorso per cassazione il solo provvedimento di accoglimento, poiché connotato dei requisiti di decisorietà e definitività; per contro, esclusa tale possibilità risulterebbe con riferimento al provvedimento di rigetto, potendo il ricorrente riproporre la domanda, fatta salva l'ipotesi in cui il termine di decadenza annuale concesso per l'esercizio dell'azione di risoluzione non fosse nelle more decorso^[16].

4. Conclusioni.

In conclusione, in seno alla Suprema Corte è andato consolidandosi un orientamento che, sulla scorta dei principi enunciati dalle Sezioni Unite con la sentenza *n. 27073/2016* in

materia di concordato preventivo, risolve la questione della ricorribilità o meno per cassazione dei provvedimenti che riguardano le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, distinguendo due ipotesi.

L'una, relativa al caso dei provvedimenti riguardanti la fase di ammissione alla procedura; l'altra, relativa al caso dei provvedimenti, di accoglimento o di rigetto, riguardanti la successiva fase di omologazione della proposta di accordo di composizione della crisi o di piano del consumatore.

Nel primo caso, la Corte, con un orientamento consolidato, ha negato la possibilità di presentare ricorso straordinario, stante la natura non decisoria né tanto meno definitiva dei provvedimenti impugnati e stante la possibilità per il ricorrente benché entro i limiti temporali fissati dalla legge (ove applicabili) di far ricorso ad un'ulteriore procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento. Nel secondo caso, per contro, la Corte, salvo che in un unico ed isolato caso, ha ammesso la possibilità di ricorrere *ex art. 111, co. 7, Cost.*, avendo riconosciuto la natura sia decisoria che definitiva dei provvedimenti impugnati.

Pur condividendo l'orientamento della Corte di Cassazione, appare, ad avviso di chi scrive, utile formulare una breve riflessione conclusiva, in ordine alla questione relativa all'inammissibilità dei ricorsi straordinari per cassazione *ex art. 111, co. 7* contro i provvedimenti riguardanti la fase di ammissione alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

La Suprema Corte di Cassazione, come espressamente enunciato in tutte le ordinanze sin ad ora esaminate, ha ritenuto di poter applicare i principi espressi dalle Sezioni Unite nella sentenza *n. 27073/2016*, in materia di concordato preventivo.

In tale sentenza, in particolare, si è ritenuto, come già ampiamente esposto, che i decreti di inammissibilità delle proposte di concordato preventivo non possano essere impugnati con

della procedura; Pagni, *Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi*, in *Fall.*, 2012, 1063, secondo la quale il provvedimento di diniego dell'ammissione può essere reclamato ai sensi dell'*art. 739 c.p.c.*, avanti il tribunale in composizione collegiale, sia per mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, sia per mancanza della documentazione prevista dall'*art. 9*, senonché solo nella prima ipotesi deve ritenersi che il provvedimento sia suscettibile di ricorso straordinario per cassazione, in quanto decisorio e definitivo, mentre nell'altra ipotesi la domanda potrebbe essere sempre riproposta, debitamente integrata negli allegati, e il provvedimento del giudice modificato e revocato *ex art. 742 c.p.c.*; Trisorio Liuzzi, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore civile e del consumatore dopo il d.l. 18 ottobre 2012 n. 179*, in *Giusto proc.*, 2013, 387; Id., *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012 n. 3)*, ivi, 2012, 663 ss.; Costa, *Profili problematici della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2014, 663; Giavarrini, *La procedura di liquidazione del patrimonio nella legge n. 3/2012*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2016, 712;

[14] Donzelli, *Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2013, 72;

[15] Balestra, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2013, 593; Giordano, *Impugnazione e risoluzione dell'accordo*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio-Macario-Terranova, Milano, 2012, 73; Celentano, *La caducazione degli effetti dell'accordo omologato*, in *Il fallimento*, 2012, 1095;

[16] Filocamo-Vella, *L'annullamento e la risoluzione dell'accordo*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di Ferro, Milano, 2012, 226;

un ricorso straordinario per cassazione, poiché non dotati dei necessari requisiti di decisorietà e definitività.

La Suprema Corte, nelle proprie motivazioni, esclude, peraltro, che ci possa essere il rischio che la funzione nomofilattica venga lesa o minata in ordine agli istituti di inammissibilità del concordato preventivo, sulla base della considerazione per cui la funzione nomofilattica verrebbe comunque esercitata, nel caso in cui, “*come avviene normalmente*”, alla dichiaratoria di inammissibilità consegua la sentenza dichiarativa del fallimento, come tale impugnabile con un ricorso per cassazione, ove ben potrebbero essere inseriti motivi di censura relativi alla decisione di inammissibilità presupposta.

Ciò considerato, la Suprema Corte, nelle proprie successive ordinanze in materia di sovraindebitamento, sembrerebbe aver integralmente trasposto tutti i principi validi in tema di concordato preventivo all'interno delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, quasi a voler ritenere “sovrapponibili” le due procedure e le due fattispecie. Orbene, ad avviso di chi scrive, esiste il rischio che la struttura processuale delle procedure di composizione della crisi non sia tale da garantire un'esclusione della lesione della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, in ordine agli istituti dell'inammissibilità delle proposte di accordo di composizione della crisi o di piano del consumatore.

Ed infatti, a differenza della proposta di concordato preventivo inammissibile alla quale “[...] *come avviene normalmente* [...]” “[...] *consegue la sentenza dichiarativa del fallimento del debitore, impugnabile, come si è visto, anche per motivi di censura relativi a quelle decisioni presupposte, con rimedi culminanti appunto con ricorso per cassazione*”, nel-

le proposte di accordo di composizione della crisi e nelle proposte di piano del consumatore inammissibili non consegue alcuna sentenza impugnabile con ricorso per cassazione. Ecco quindi paventarsi il rischio che determinate decisioni di inammissibilità contenenti importanti principi su cui sarebbe opportuno l'esercizio di una funzione nomofilattica della Corte di Cassazione restino escluse da tale possibilità.

Se, come ben indicato anche nella parte motiva della sentenza delle Sezioni Unite, la garanzia costituzionale di cui al [settimo comma dell'art. 111 Cost.](#), “*mira a contrastare il pericolo di applicazioni non uniformi della legge con provvedimenti suscettibili di passare in giudicato, cioè con provvedimenti tipici ed esclusivi della giurisdizione contenziosa*”, tale pericolo, quello di un'applicazione non uniforme della legge (nella specie, la [legge n. 3 del 2012](#) s.m.i.), potrebbe in concreto verificarsi, laddove non si consenta di esperire un rimedio giudiziale, che possa essere, alternativamente, o un ricorso per cassazione ordinario (non conseguendo al decreto di inammissibilità alcuna sentenza dichiarativa di fallimento autonomamente impugnabile), o un ricorso per cassazione straordinario a norma del settimo comma della disposizione costituzionale citata.

Al fine di escludere la possibilità che si verifichi tale rischio, in assenza di un mutamento di orientamento, la soluzione percorribile potrebbe essere quella, già proposta dalla dottrina con riferimento al concordato preventivo e richiamata in questa sede con riferimento alle procedure in argomento, di considerare, in simili ipotesi, una deroga al principio di inammissibilità del ricorso come implicita nel *dictum* delle Sezioni Unite^[17].

[17] Palladino, *I dictum delle S.U. sull'impugnabilità dei provvedimenti emessi nella procedura di concordato*, op. cit., 1 ss., secondo cui “*si rileva infine che, anche a seguito dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, permane un margine di incertezza interpretativa in relazione a quelle ipotesi, cui si è fatto cenno supra, in cui il decreto di inammissibilità della proposta di concordato si fonda su ragioni che escludono la possibilità di una successiva dichiarazione di fallimento, risultando così idoneo a incidere in modo irretrattabile su un diritto soggettivo del proponente (e assumendo dunque, sotto tale profilo, un'indubbia natura “decisoria”). Ebbene, sulla base di un'interpretazione letterale del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite – che non sembra contemplare alcuna deroga esplicita – anche in tali particolari fattispecie l'impugnazione del decreto in questione con il ricorso straordinario per cassazione dovrebbe ritenersi esclusa; senonché, una soluzione del genere parrebbe contrastare non solo con l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte nelle precedenti pronunce in materia (di cui si dà conto nella stessa motivazione della sentenza in commento), ma anche con ineludibili ragioni di tutela dei diritti del debitore concordatario, che si vedrebbe, di fatto, privato di tutela impugnatoria a fronte di eventuali profili di illegittimità del decreto di inammissibilità/rigetto della domanda di concordato pronunciato nei suoi confronti, sicché appare forse preferibile ritenere che, in simili casi, la deroga al principio dell'inammissibilità del ricorso ex [art. 111 Cost.](#) debba considerarsi implicita nel dictum delle Sezioni Unite”.*

FATTURAZIONE ELETTRONICA

La fatturazione elettronica e il procedimento d'ingiunzione

di Elisa Giardini

del 27 febbraio 2019

Sommario

1. Premessa e breve excursus sulle novità legislative
2. Norme della procedura monitoria
3. Fattura elettronica e opposizione al decreto ingiuntivo

1. Premessa e breve excursus sulle novità legislative

Dal mese di gennaio 2019 sono entrate in vigore, in adempimento a previsioni legislative che le avevano in parte anticipate (nei rapporti con la Pubblica Amministrazione), novità che interessano un documento fiscale in uso, quale prova o principio di prova scritta dell'esistenza di un credito di somme di denaro, nel processo civile ed, in particolare, nel procedimento monitorio, cioè la fattura commerciale ed ora la fattura elettronica (E-fattura), con la quale oggi, nelle ipotesi di obbligatorietà, ferme le eccezioni, occorre misurarsi. La L. n. 205 del 27.12.2017 (Legge di bilancio 2018) ha disposto, infatti, l'obbligo di fatturazione elettronica dal 1.01.2019 per diverse categorie di contribuenti.

Sino al 31.12.2018, fatte salve le ipotesi che riguardano o riguardavano tipologie di operazioni effettuate in settori particolarmente soggetti al rischio di frode (come quelli dei carburanti e dei subappalti pubblici), l'obbligo di emettere la fattura in formato elettronico era previsto solo per le operazioni verso la P.A. (ed estensivamente, per quanto interessa, degli Ordini professionali, quali "Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo").

L'art. 1, commi 909 s.s. della L. 205/2017, modificando il D.lgs. n. 127/2015, ha previsto, con decorrenza da gennaio u.s., l'obbligo di fatturazione elettronica per la generali-

tà delle operazioni anche tra soggetti privati, nei confronti di soggetti passivi IVA, nonché verso privati consumatori (comprendendo anche i condomini, gli enti commerciali, le fondazioni) ed altri soggetti privi di partita IVA[1].

Il D.L. n. 119 del 23.10.2018 (Decreto fiscale collegato alla Legge di bilancio 2019), convertito nella L. n. 136 del 17.12.2018, ha apportato modifiche all'adempimento *de quo*, introducendo semplificazioni, cui faranno seguito – si auspica – interventi normativi di chiarimento (nell'attesa delle prime pronunce giudiziali) per risolvere dubbi e criticità che potranno essere sollevate dalla prassi applicativa.

In attuazione del nuovo obbligo, le regole di emissione e trasmissione delle fatture elettroniche sono state definite con provvedimento n. 89757 del 30.04.2018 dell'Agenzia delle Entrate (l'A.d.E.).

Trattandosi di un documento che nasce informatico e che deve essere prodotto secondo specifiche e precise norme tecniche, il cui rispetto consente di garantire autenticità, integrità, immodificabilità e leggibilità di quanto è in esso contenuto, non è (più) possibile, salve le fattispecie di facoltatività/non obbligatorietà[2], predisporla e stamparla *sic et simpliciter*, ovvero trasformarla in formato digitale, perché abbia valore ed effetto.

Perché la fattura elettronica disponga di detti requisiti e

[1] Con il D.L. n. 79 del 28.06.2018 è stato rinviato al 1.01.2019 l'obbligo per le cessioni di benzina e gasolio per autotrazione, effettuate presso impianti stradali di distribuzione (da tale data non si usano più le carte carburante).

[2] Sono esonerate dal nuovo meccanismo di fatturazione le operazioni effettuate da o nei confronti di soggetti esteri, cioè soggetti non residenti o stabiliti nel territorio dello Stato, per le quali si potrà continuare a darne documentazione, alternativamente, mediante fattura cartacea o elettronica, nonché i soggetti passivi IVA che si avvalgono del regime di vantaggio *ex art. 27 del D.L. 98/2011* ed i soggetti passivi IVA che si avvalgono del regime forfetario *ex art. 1, commi 54-89 della L. n. 190/2014* tra cui le c.d. partite IVA nel regime dei minimi e del forfetario, oltre a medici e farmacisti, per problemi di *privacy*, e le associazioni sportive dilettantistiche con soglia reddituale fissata a meno di 65.000,00 euro

sia tale, deve essere generata secondo le specifiche di cui al provvedimento dell'A.d.E. cit., che traccia le linee guida della E-fattura stabilendo, ad esempio, nel fornirne una definizione in linea con le Direttive europee, che trattasi di un documento informatico che deve contenere gli elementi indicati dalla normativa di riferimento (art. 21 del D.P.R. n. 633/1972, ovvero, se semplificata, quelle di cui all'art. 21-bis del D.P.R. n. 633/1972), aggiungendo – se dovute – le informazioni presenti nell'all. A del provvedimento; che si tratta di un file .xml^[3] che deve essere prodotto soltanto in quel formato specifico, perché altrimenti verrebbe rifiutato dal Sistema di Interscambio (S.D.I.); che è un file che dispone di un codice identificativo univoco dell'ufficio destinatario (c.d. codice destinatario), inserito dall'emittente, mediante il quale è possibile che il destinatario la riceva; che prima di arrivare al destinatario passa e transita, con un percorso mediato da un soggetto chiave e terzo, che si frappone tra emittente e destinatario, dal Sistema di Interscambio, appunto, un'infrastruttura informatica gestita dall'A.d.E. che traccia l'intero processo di trasmissione delle fatture e permette di effettuare le necessarie verifiche su ogni fattura attiva e/o passiva; che può (ma non deve) essere firmata digitalmente per garantire ulteriormente l'identità del soggetto che la emette^[4]. Il Sistema di interscambio, dopo che si è prodotta la E-fattura, e che questa è stata inserita nello S.D.I. che la invia al destinatario, emette una ricevuta di consegna riportante la data di ricezione della fattura da parte del destinatario e mette a disposizione degli utenti un duplicato (informatico) della fattura elettronica, in un'area riservata del contribuente.

2. Norme della procedura monitoria

Queste nuove modalità di emissione dell'E-fattura possono avere riflessi nel processo civile ordinario e in quello sommario d'ingiunzione^[5], in considerazione del dato circostanziale che frequentemente chi è creditore di una somma di denaro è un imprenditore o un soggetto titolare di partita IVA (es. un professionista) che per le prestazioni ed i servizi resi non sia stato regolarmente e tempestivamente pagato dal debitore, al seguito dell'emissione di fattura.

Come è possibile coordinare queste nuove disposizioni e

quelle contenute nel Codice di Rito alla luce dell'informatizzazione del sistema e degli adempimenti richiesti all'avvocato e/o al cliente?

Il procedimento di ingiunzione, ex artt. 633 s.s. c.p.c. è uno degli strumenti (processuali) previsti dall'ordinamento giuridico per la tutela del credito.

È un procedimento a cognizione sommaria che prevede l'emanazione di un provvedimento giudiziale, il decreto ingiuntivo appunto, *inaudita altea parte*, e che è destinato, in caso di mancata opposizione ed entro un periodo di tempo relativamente breve ad acquisire efficacia esecutiva e forza di giudicato.

La prova scritta del diritto fatto valere dal creditore è la condizione di ordine generale necessaria per ottenere dal giudice la pronuncia di ingiunzione di pagamento, e l'art. 634 c.p.c. attribuisce, tra gli altri, *agli estratti autentici delle scritture contabili, tenute dagli imprenditori commerciali e dai lavoratori autonomi, bollate e vidimate nelle forme di legge*, uno specifico valore probatorio idoneo a fondare la pronuncia giudiziale. Sulle scritture contabili tenute con sistemi informatici, l'art. 2215-bis c.c. prevede, poi, che l'apposizione, almeno una volta all'anno, della marcatura temporale e della firma digitale dell'imprenditore, o di altro soggetto dal medesimo delegato, garantisce l'assolvimento degli obblighi di numerazione progressiva e di vidimazione previsti dalle disposizioni di legge o di regolamento per la tenuta dei libri, repertori e scritture.

Dalla lettura delle norme si evince che per ottenere un decreto ingiuntivo la prova da offrire è semplificata, essendo sufficiente una qualsiasi prova scritta, quando agiscono due soggetti privati senza la qualifica di imprenditori. Il primo comma indica quali prove scritte idonee *“le polizze, le promesse unilaterali per scrittura privata ed i telegrammi, anche se mancanti dei requisiti previsti dal Codice Civile”*. Quando invece il decreto ingiuntivo è richiesto da un imprenditore verso un altro imprenditore, oppure da un imprenditore verso un soggetto non imprenditore, la prova scritta stata specificamente individuata ex art. 634 c.p.c.

L'elenco riportato dalla norma è tassativo, oppure è possibile richiedere ed ottenere un decreto ingiuntivo anche con documenti ivi non riportati, come la fattura, o la E-fattura, che non sono menzionati, e con quali effetti nella fase di opposizione, che è a cognizione piena^[6]?

[3] *Extensible Markup Language*.

[4] La E-fattura si considera emessa al momento della trasmissione del file allo S.D.I.

[5] Ove competenza del Tribunale il ricorso per decreto ingiuntivo si deposita solo in telematico, pena il rigetto per inammissibilità.

[6] Anche perché sembrerebbe previsto esonero dalla tenuta dei registri IVA per i soggetti obbligati alla fatturazione elettronica: “[...] i soggetti obbligati alla comunicazione dei dati delle fatture emesse e ricevute ai sensi del comma 3 del presente articolo sono esonerati dall'obbligo di annotazione in apposito registro, di cui agli artt. 23 e 25 del D.P.R. n. 633 del 26.10.1972». Così per art. 11 del D.L. 87/2018, conv. in L. n. 96/2018.

Secondo la giurisprudenza^[7] costituisce prova scritta, atta a legittimare la concessione del decreto ingiuntivo, ex artt. 633-634 c.p.c., qualsiasi documento proveniente dal debitore o da un terzo, purché idoneo a dimostrare il diritto fatto valere, anche se privo di efficacia probatoria assoluta (quale, avuto riguardo alla sua formulazione unilaterale, la fattura commerciale, purché ne risulti la regolarità amministrativa e fiscale). Anche la fattura (e la E-fattura), allora, costituisce titolo idoneo per l'emissione di un decreto ingiuntivo, a favore di chi l'ha emessa, ma se o solo se ha seguito il percorso di cui alle specifiche tecniche sopra richiamate: quantificando la somma dovuta rende il credito di una somma di denaro sufficientemente certo, liquido, esigibile e determinato nel suo ammontare, come richiesto dall'art. 633, comma 1 c.p.c. per la domanda.

Solitamente la richiesta di estratto autentico formulata al notaio non riguarda solo i libri contabili ma anche le fatture che documentano la cessione o la prestazione da cui ha avuto origine il credito, quale garanzia che, pur non potendo il pubblico ufficiale controllare l'intera contabilità e la regolarità delle scritture dell'imprenditore, la fattura sia stata registrata e sia astrattamente riferibile dunque ad un rapporto in essere o che ha avuto corso tra l'emittente ed il suo destinatario, tanto è che, nonostante non sia nell'elenco dell'art. 634 c.p.c., è la fattura la prova scritta per eccellenza, necessaria (e sufficiente) per l'emissione del decreto ingiuntivo (v. *supra* giurisprudenza).

Tuttavia, la normativa che ha dettato l'obbligo di emissione della fattura elettronica tra privati (imprese e professionisti) non prevede e non dice che la fattura debba essere necessariamente firmata digitalmente (obbligo che sussiste *ex lege*, invece, per le fatture verso la P.A.) per garantire ulteriormente l'identità del soggetto che la emette, tanto che lo S.D.I. gestisce sia fatture elettroniche prive di firma elettronica, sia fatture elettroniche alle quali sia apposta firma elettronica: non è ancora chiaro (né il punto è stato definito) se tale firma (nella forma avanzata, qualificata o digitale^[8]) sia

in realtà necessaria per consentire al notaio autenticante (o al pubblico ufficiale) di verificare che la fattura di cui si richiede un estratto autentico sia effettivamente l'originale che documenta l'operazione da cui è sorto il credito e, in mancanza di specifiche, si può ipotizzare, cautelativamente e con i primi commentatori della *riforma*, che alcuni creditori saranno portati anche questo adempimento, con buona pace per la semplificazione e la riduzione di adempimenti, sottese all'introduzione delle nuove disposizioni^[9].

Se fosse confermata anche tale necessità, dopo l'apposizione della firma elettronica, si dovrebbe procedere alla marcatura temporale della stessa, per garantire, in caso di successiva revoca, scadenza o sospensione della firma digitale, che al momento della formazione della fattura, questa fosse dotata di una valida sottoscrizione digitale.

Si consideri, tuttavia, e di contro, che se la E-fattura verso un'impresa, un professionista o un provato, viene firmata digitalmente, il Sistema di Interscambio effettua ulteriori verifiche, come quella di autenticità del certificato di firma, di integrità, per garantire che il documento ricevuto non sia stato modificato successivamente all'apposizione della firma. Il sistema, allora, può verificare se il certificato di firma elettronico è scaduto o revocato, se l'autorità di certificazione non è affidabile, se manca o non è coerente il riferimento temporale e, qualora l'esito dei controlli sia negativo, la fattura viene scartata e si considera non emessa. Se l'E-fattura non è firmata, detti controlli non vengono attivati, e la fattura viene considerata emessa indipendentemente dalla verifica di autenticità del documento.

Peraltro, elementi testuali fanno ragionevolmente ipotizzare che l'adempimento di firma elettronica sia superfluo. Infatti, "le ricevute di consegna di cui ai punti 4.2 e 4.3 del provvedimento dell'Agenzia delle Entrate n. 89757/2018, emesse dallo S.D.I., sono documenti che, oltre ad attestare l'avvenuta corretta emissione della fattura, contengono un riferimento univoco alla fattura stessa: provenendo da un terzo "qualificato" dovrebbero *ex se* consentire di documentare in ma-

[7] *Ex multis*, Cass. Civ., sez. 2, n. 15332 del 21.07.2015, Giudice di Pace Campobasso n. 193 dell'8.05.2018 e Tribunale di Pordenone n. 60 del 2.02.2017.

[8] Le diverse tipologie di firma elettronica previste dal Codice dell'Amministrazione Digitale sono: la firma elettronica (c.d. semplice; l'efficacia probatoria è valutabile dal giudice caso per caso), la firma elettronica avanzata (con caratteristiche di sicurezza aggiuntive; l'efficacia probatoria è di scrittura privata. Integra la forma scritta *ad substantiam*, tranne che per i contratti immobiliari); la firma elettronica qualificata (basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma; l'efficacia probatoria è di scrittura privata ed integra forma scritta *ad substantiam*) e la firma elettronica digitale ("un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica ed una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata ed al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici"). Ha l'efficacia probatoria della scrittura privata e integra forma scritta *ad substantiam*.

[9] Così, tra i primi commentatori, S. Genito, "Fattura elettronica e decreto ingiuntivo" in Diritto24.

niera inequivocabile la corrispondenza della fattura di cui si chiede l'estratto all'originale trasmesso tramite S.D.I.[10]".

Si ricorda che "le ricevute inviate dallo S.D.I. consentono anche di provare l'avvenuta ricezione, o nel caso in cui il recapito della fattura non fosse possibile per i motivi indicati nel punto 3.4 del provvedimento n. 89757/2018, l'avvenuta presa visione da parte del cessionario/committente (o dell'intermediario dallo stesso incaricato) della fattura correttamente emessa, e rappresentano un ulteriore documento da esibire in estratto autentico, per supportare la richiesta di emissione e l'ottenimento del decreto ingiuntivo".

Il duplicato che viene messo a disposizione dell'emittente/creditore dal sistema S.D.I., una volta prodotta e trasmessa l'E-fattura, è infatti esso stesso un documento informatico, conforme all'originale, *avente la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui è tratto*, secondo quanto dispone l'art. 23, comma 1 del Codice dell'Amministrazione Digitale (C.A.D., istituito con D.lgs. n. 82 del 7.03.2005[11]), perché ottenuto mediante la memorizzazione, sul dispositivo, o su dispositivi diversi, della stessa sequenza di valori binari del documento originario.

In prima approssimazione, si può sostenere che quel documento non abbia bisogno, in calce, di alcuna attestazione di conformità se presentato in giudizio, a meno che non venga successivamente stampato e convertito in copia analogica o trasformato in un diverso formato, così come avviene nel P.C.T. per duplicati e copie informatiche.

L'art. 23-bis cit., infatti, dispone che "i duplicati informatici hanno il medesimo valore giuridico, ad ogni effetto di legge, del documento informatico da cui sono tratti, se prodotti in conformità alle linee guida"[12].

Il contribuente (creditore) avrà a disposizione il duplica-

to della fattura elettronica; potrà conservare e salvare il file .xml della fattura, rispettando le specifiche tecniche in materia di conservazione dei documenti informatici[13].

Una stampa del contenuto della E-fattura non sarà tuttavia mai sufficiente[14]. Occorrerà una "copia autentica" del file, essendo la fattura elettronica, come detto, un insieme di dati, il che comporta la necessità che il file sia stato prodotto e conservato secondo le procedure di legge, affinché la copia abbia valore.

Stampare la fattura, ovvero nella forma di fattura digitale, senza che sia prodotta, trasmessa e conservata come E-fattura e secondo il meccanismo descritto dalla Agenzia delle Entrate, non equivarrà all'emissione di una regolare E-fattura, con tutte le conseguenze di legge, potendo prestare il fianco anche a nuovo contenzioso e all'opposizione al decreto ingiuntivo.

L'autentica del notaio (ovvero l'autenticazione della firma digitale – art. 24 e 25 C.A.D. cit.) renderebbe la fattura una prova scritta qualificata (provenendo peraltro da un terzo, un pubblico ufficiale)[15].

Per l'A.d.E., la E-fattura è un documento informatico le cui caratteristiche fondamentali di autenticità ed immodificabilità sono derivanti ed assicurate già dalla marca temporale e dalla firma digitale qualificata, e sono tali da garantire la provenienza ed autenticità e l'assoggettabilità a controlli. A livello informatico non è dunque forse necessario ricorrere ad un pubblico ufficiale per attestarne la congruità, perché non si distingue più tra copia ed originale di un documento così formato.

Nell'ambito del procedimento monitorio, vista anche l'obbligatorietà del deposito solo telematico del ricorso in Tribunale, ove è consentito comunque allegare al ricorso per de-

[10] Autore e commento già cit. in nota 9.

[11] N.B. Modificato e integrato con il D.lgs. n. 179 del 22.08.2016, prima e con il D.lgs. n. 217 del 13.12.2017, poi in relazione ai duplicati e alle copie di documenti informatici,

[12] Così il comma 2: "le copie e gli estratti informatici del documento informatico, se prodotti in conformità alle linee guida, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte, se la loro conformità all'originale, in tutte le sue componenti, è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato o se la conformità non è espressamente disconosciuta. Resta fermo, ove previsto, l'obbligo di conservazione originale informatico".

[13] Sarà opportuno conservare anche gli esiti e le ricevute inviate dallo S.D.I., essendo corredate da un codice identificativo univoco, tale da provare l'inoltro al sistema della fattura e l'avvenuta consegna della stessa al destinatario.

[14] Un documento elettronico, infatti, per avere l'efficacia probatoria di cui agli artt. 2709 e 2710 c.c. deve rispettare le disposizioni del Codice dell'Amministrazione Digitale e le sue regole tecniche. Pur se priva di valore fiscale, l'A.d.E., in risposta ad un quesito specifico, "per esigenze di leggibilità" ha previsto che "una copia della fattura elettronica in formato analogico sarà messa a disposizione direttamente da chi emette la fattura. È comunque facoltà dei consumatori rinunciare alla copia elettronica o in formato analogico della fattura". Sulle copie di cortesia si è espressa anche S. Pennacini, "Fattura elettronica e copie di cortesia, quanta confusione", Fiscal Focus del 12.10.2018.

[15] Rif. artt. 2714-2719 c.c.: per copia autentica di un atto si intende quella rilasciata dal pubblico ufficiale che l'ha formato o che ha in deposito l'originale. L'espressione copia conforme attesta invece la conformità della copia rispetto all'originale che viene esibito. Il notaio non rilascia, tecnicamente, una copia autentica delle scritture contabili, ma una copia conforme, non essendo il depositario delle medesime né il formatore delle stesse.

creto ingiuntivo o ad altro ricorso, file in diversi formati[16], per provare l'esistenza del credito vantato mediante la fattura elettronica si potrà allegare il duplicato informatico della fattura elettronica generato dallo S.D.I., senza che sia necessaria sullo stesso l'attestazione di conformità all'originale perché si tratta di un documento che segue quanto stabilito dall'art. 21, comma 1-*bis* del C.A.D.[17]

In linea teorica, si potrebbe decidere di allegare la copia informatica della stessa fattura elettronica in .pdf, sempre che il documento sia stato portato in conservazione secondo le regole tecniche del D.M. Ministero dell'Economia e delle Finanze del 17.06.2014 e del D.P.C.M. del 3.12.2013: in questo caso però la copia dovrà essere corredata dall'attestazione di conformità, che dia atto di avere seguito e percorso le linee guida, assieme alle copie informatiche delle ricevute ottenute dallo S.D.I., anche esse munite dell'attestazione di conformità all'originale che l'avvocato può effettuare in base al potere concessogli dall'art. 12 del D.L. n. 179/2012 che ha appunto esteso il potere di autentica dell'avvocato[18].

Se ciò può andare bene, forse, per il recupero crediti del legale[19], non si ritiene possa andare bene sempre e per il cliente/creditore, essendo il potere di autenticazione dell'avvocato limitato (per ora) agli atti processuali, e non ad agli atti tra privati ovvero formati da privati. E la disposizione va letta restrittivamente, essendo eccezione ad una regola generale.

Il cliente/creditore dovrebbe, allora, assumersi lui l'onere di autenticare il documento informatico (e magari anche le ricevute di trasmissione e ricezione), ove non già firmato digitalmente, con autocertificazione propria o del consulente fiscale, come ammesso dalla prassi di alcuni uffici giudiziari, o magari chiedere l'apposizione della autenticazione al segretario comunale.

Giova, allora, richiamare l'art. 18 del D.P.R. n. 445 del 28.12.2000 (Copie autentiche) che così dispone: «1. Le co-

pie autentiche, totali o parziali, di atti e documenti possono essere ottenute con qualsiasi procedimento che dia garanzia della riproduzione fedele e duratura dell'atto o documenti. Esse possono essere validamente prodotte in luogo degli originali. 2. L'autenticazione delle copie può essere fatta dal pubblico ufficiale dal quale è stato emesso o presso il quale è depositato l'originale (copia autentica) o al quale deve essere prodotto il documento, nonché da un notaio, cancelliere, segretario comunale o altro funzionario incaricato dal sindaco. Essa consiste nell'attestazione di conformità con l'originale scritta alla fine della copia, a cura del pubblico ufficiale a ciò autorizzato, il quale deve altresì indicare la data e il luogo del rilascio, il numero dei fogli impiegati, il proprio nome e cognome, la qualifica rivestita nonché apporre la propria firma per esteso ed il timbro dell'ufficio».

Tra i commentatori, c'è chi ha ritenuto sufficiente un'auto-certificazione della regolare tenuta delle scritture contabili, facendo richiamo all'art. 19 D.P.R. 445/2000 (Modalità alternative all'autenticazione di copie): «la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'art. 47 può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione, la copia di una pubblicazione ovvero la copia di titoli di studio o di servizio sono conformi all'originale. Tale dichiarazione può altresì riguardare a conformità all'originale della copia dei documenti fiscali che devono essere obbligatoriamente conservati dai privati»[20].

Tale assunto[21] è stato contestato da altri e dalla giurisprudenza, ritenendo che detta disposizione riguardi solo i rapporti tra il cittadino e la P.A., ai fini di «semplificare» gli adempimenti richiesti al primo, e che non possa trovare spazio nel processo. Così ad esempio, Cass. Civ., sez. 1, n. 26937 del 15.12.2006[22].

Un'interpretazione evolutiva degli artt. 633 e 634 c.p.c. por-

[16] Non solo .xml, ma anche .pdf, .rtf, .txt, .jpg, .gif, .tiff, .zip, .rar e .arj.

[17] Così A. Spedicato, "Valore probatorio della fattura in giudizio al tempo della fatturazione elettronica", in Consulenza.it.

[18] Articolo novellato dall'art. 52 del D.L. n. 90/2014 che ha inserito il comma 9-*bis* all'art. 16 dello stesso D.L. 179, poi modificato dal D.L. 132/2014 (L. n. 162/2014) e dal D.L. 83/2015 (L. n. 132/2015).

[19] Ferma la disposizione dell'art. 636 c.p.c.

[20] Cass. Civ. sez. 2, n. 10830 dell'8.06.2004 e Cass. Civ. sez. 1, n. 9685 del 24.07.2000, r.v., che in massima così si esprime: «ai fini della prova richiesta dalla legge per l'emissione del decreto ingiuntivo, è sufficiente qualsiasi documento di sicura autenticità, anche non proveniente dal debitore, da cui risulta con certezza l'esistenza del diritto di credito fatto valere in giudizio. (Nella specie, in applicazione del riferito principio, la Suprema Corte ha ritenuto che correttamente il Giudice di Pace avesse emesso decreto ingiuntivo sulla base di una semplice fattura)».

[21] Tribunale di Torino, sent. del 13.06.2002: «Ai fini della rituale richiesta di un decreto ingiuntivo, non è sufficiente da parte del ricorrente l'allegazione di copie delle fatture emesse ed un estratto conto unilateralmente predisposto, essendo viceversa necessario l'estratto autentico delle scritture contabili» Nello stesso senso Tribunale di Rossano, ord. del 29.09.2009 ma anche Cass. Civ. sez. 3, n. 8549 del 3.04.2008 e Cass. Civ. sez. 2, n. 1469 del 4.02.2002.

[22] "[...] alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà una volta prevista dall'art. 4 della L. 15/1968, attualmente dall'art. 46 del D.P.R. n. 445/2000 deve escludersi qualunque rilevanza, sia pure indiziaria, qualora costituisca l'unico documento esibito in giudizio, al fine di provare un elemento costitutivo dell'azione

ta a considerare le scritture contabili conservate digitalmente (e, quindi, rese immodificabili ed autentiche attraverso la firma digitale e la marca temporale del responsabile della conservazione) quali valide prove scritte ai fini dell'ottenimento di un decreto ingiuntivo.

La digitalizzazione di un registro contabile e la sua corretta conservazione consentirebbero così la produzione in giudizio di documenti informatici giuridicamente rilevanti, col riversamento diretto, senza necessità di ottenere necessariamente estratti autentici delle scritture contabili.

Le considerazioni *ut supra* valgono, a maggior ragione, qualora il ricorso ingiuntivo debba essere richiesto al Giudice di Pace: si tratta di contemperare, infatti, le nuove frontiere della digitalizzazione, con gli aspetti propri del funzionamento di questo Ufficio giudiziario, ove ancora non è possibile il deposito telematico degli atti (introduttivi o endoprocedurali) o il riversamento diretto degli stessi. Nell'attesa dei primi interventi, premesso che "la fattura [e così la E-fattura], se proveniente da un imprenditore esercente attività commerciale e relativa fornitura di merci o prestazioni di servizi è prova idonea scritta del credito quale richiesta *ex lege* per l'emissione di un decreto ingiuntivo, sempre che ne risulti la regolarità amministrativa e fiscale", si potrà optare per l'attestazione di conformità del documento fiscale, stampato in altro formato e di tutte le ricevute che ne hanno accompagnato emissione e trasmissione tramite S.D.I. ovvero per la certificazione di avere operato secondo le disposizioni tecniche ed in tutti i suoi passaggi, accompagnando il profilo probatorio di quanti più elementi utili e/o giustificativi del rapporto tra le parti, come solleciti, mancate contestazioni, riconoscimenti del debito.

3. Fattura elettronica e opposizione al decreto ingiuntivo

Quale che sia la modalità di emissione della fattura (elettronica, cartacea, analogica o digitale) e superate le criticità *ut supra* sulle modalità di deposito e sulla documentazione da allegare, una volta che sia stato ottenuto e notificato un decreto ingiuntivo, anche nel vigore delle nuove regole, la E-fattura (come la fattura) si rivela, nell'operare dell'art. 634 c.p.c., documento necessario e sufficiente solo nella fa-

se sommaria, non essendo – di contro – prova dal valore assoluto dell'esistenza del credito azionato nell'eventuale fase di opposizione.

Resta inteso, infatti, che qualora il debitore presenti opposizione alla richiesta di pagamento, la E-fattura, (come la fattura), non basta più a sostenere il contraddittorio.

Pertanto, il creditore, nella "nuova" veste di opposto, dovrà fare valere il proprio diritto e dimostrare la sussistenza del credito *ex art. 2697 c.c.* e l'esatto adempimento delle prestazioni sottese, presentando idonea documentazione, per provare il dovuto, indipendentemente dalla legittimità, validità ed efficacia del provvedimento monitorio, allo stesso modo in cui il debitore potrà dimostrare l'insussistenza del preteso diritto (Cass. Civ. sez. 1, n. 9685 del 24.07.2000), quale la presenza di un ordine o di un rapporto contrattuale che giustifichi la fornitura nonché la dimostrazione dell'avvenuta esecuzione del contratto. In assenza di ulteriori prove circa l'esistenza del credito, l'imprenditore/creditore perderà il giudizio di opposizione ed il decreto ingiuntivo verrà revocato[23].

La fattura elettronica non dà garanzie aggiuntive di questi aspetti ed ha lo stesso valore di prova/indizio di prova, ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo, di quella cartacea (come lo è ancora per i casi di non obbligatorietà). La E-fattura non supera, in caso di opposizione, la carenza di altri elementi a supporto del credito e non fa venire meno l'onere che ne deriva in chi agisce a sostegno della propria pretesa. L'insufficienza del valore probatorio della fattura è, peraltro, una forma di tutela per il debitore, essendo la fattura commerciale un documento di emissione unilaterale.

Preme richiamare, sul punto, la giurisprudenza recente (ma consolidata) di alcuni Tribunali di merito e della Corte di Cassazione, giurisprudenza che ha espresso principi di diritto compatibili anche oggi con la E-fattura, pur restandosi in attesa di nuovi interventi e pronunce specifiche.

Ad esempio, Tribunale di Larino, sentenza n. 177 del 5.06.2018: "la fattura è un atto di formazione unilaterale, che si inquadra nella categoria degli atti giuridici a contenuto partecipativo, attinente a rapporti contrattuali già costituiti. Non incorpora alcuna convenzione, ma rappresenta, nei con-

o dell'eccezione, atteso che la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore, ai fini del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2967 c.c. da proprie dichiarazioni».

[23] Ricorrendo, dal 1.02.2019, l'obbligo di consegnare la c.d. copia di cortesia al consumatore finale, secondo quanto chiarito dall'A.d.E., in risposta ai primi quesiti sull'argomento, per il consumatore finale quella copia ha valenza anche ai fini fiscali [e si potrebbe ritenere anche in sede di opposizione al decreto ingiuntivo come controprova del credito azionato o credito non contestato]. "È vero, infatti, che in caso di discordanza, il documento digitale nella disponibilità dell'A.d.E. è quello valido. Ma se il contribuente riesce a dimostrare che il contenuto è quello della copia cartacea in suo possesso (ad es. portando documentazione sul pagamento eseguito) allora è proprio tale copia ad avere la prevalenza ed a potere essere utilizzata anche ai fini delle detrazioni". Così F. G. Poggiani, "Fattura elettronica, vale la copia di cortesia", in Italia Oggi del 9.01.2019.

fronti di chi la emetta, esclusivamente prova di tale emissione e, quale modalità di esecuzione di una prestazione in favore del destinatario, fornisce elementi presuntivi (*iuris tantum*) circa l'avvenuta e preesistente stipula di un'obbligazione, potendo costituire piena prova tra le parti circa l'esistenza del sinallagma solo se risulti accettata dal contraente destinatario della prestazione. È, dunque, un documento idoneo e sufficiente per l'emissione di un decreto ingiuntivo,

ma non è idonea a provare l'esistenza del credito nel giudizio di merito instaurato a seguito dell'opposizione". Ed ancora "[...] in caso di contestazione, non può assurgere al rango di prova del negozio giuridico che si assuma stipulato, ma reca, al più, indizi in tale senso, con la conseguenza che contro od in aggiunta al contenuto della stessa sono ammissibili prove, anche per testimoni [nei limiti comunque degli artt. 2721 s.s. c.c.] dirette a confutarne o a confermarne il contenuto"[24].

[24] Tribunale di Cassino, sent. n. 1185 del 25.10.2018; Tribunale di Brescia, sent. n. 782 del 15.03.2018; Tribunale di Ferrara, sent. n. 363 del 10.05.2018 e Tribunale di Catania, sent. n. 765 del 16.02.2018, in richiamo a Cass. Civ., sez. 6, n. 5915 dell'11.03.2011: "la fattura è titolo idoneo per l'emissione di un decreto ingiuntivo in favore di chi l'ha emessa, ma nell'eventuale giudizio di opposizione la stessa non costituisce prova dell'esistenza del credito, che dovrà essere dimostrato con gli ordinari mezzi di prova dell'opposto".

AUTORITÀ INDIPENDENTI E PROCESSO

Giudica, ma non è giudice: l'Agcm tra giusto procedimento e giudice a quo

di Carlo Edoardo Cazzato

del 28 febbraio 2019

Sommario

1. Premessa
2. Il potere sanzionatorio dell'Agcm
3. L'Agcm come "giudice" nel procedimento antitrust
4. L'Agcm come "giudice" a quo
5. Conclusioni

1. Premessa

Il titolo del presente lavoro è volutamente provocatorio. Quest'ultimo, tuttavia, non è finalizzato a mettere in discussione la circostanza che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, "Agcm" o "Autorità"), quale autorità indipendente preposta nel nostro ordinamento, *inter alia*, alla tutela della piena competitività del mercato, possa ritenersi un "giudice" nel momento in cui porta a conclusione un procedimento amministrativo azionato per accertare l'inosservanza dei divieti di intesa restrittiva della concorrenza e di abuso di posizione dominante, di cui agli articoli 2 e 3 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato" (di seguito "Legge antitrust"), nonché agli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (di seguito, "TFUE"; c.d. *public enforcement*). Lo stesso, piuttosto, è volto a dare contezza di una recente presa di posizione sulla legittimazione della stessa Autorità a sollevare una questione di costituzionalità – che si fonda proprio sul difetto di quella terzietà che l'Agcm spende in sede procedimentale – e a trarne alcune prime riflessioni.

Su tali assunti, **la recente pronuncia n. 13 del 5 dicembre 2018 della Corte Costituzionale**, depositata il successivo 31 gennaio 2019 e pubblicata sulla G.U. del 6 febbraio 2019 (di seguito, "Sentenza"), rappresenta, senz'altro, occasione per una generale riflessione sul potere sanzionatorio

dell'Agcm e sul suo ruolo nel nostro ordinamento.

2. Il potere sanzionatorio dell'Agcm

Andando per ordine, in linea generale la sanzione civilistica connessa alla violazione del diritto della concorrenza dovrebbe essere quella "portante" dell'*enforcement antitrust*[1]. Ciò nonostante – come si evince dalla scarsa diffusione delle azioni risarcitorie del danno antitrust (c.d. *private enforcement*), in particolare in Italia – la componente pubblicistica, e quindi amministrativa, dei poteri sanzionatori correlati alle infrazioni del diritto della concorrenza rappresenta tutt'ora parte preponderante della tutela antitrust e, conseguentemente, preoccupazione principale delle imprese coinvolte in un procedimento per asserita inosservanza dei divieti di intesa restrittiva della concorrenza e di abuso di posizione dominante, di cui agli articoli 2 e 3 della Legge antitrust, nonché agli articoli 101 e 102 del TFUE.

Su tali assunti, **le fonti del potere sanzionatorio dell'Autorità** si rinvergono nell'articolo 15, comma 1, della Legge antitrust e nel capo I, sezioni I e II, della Legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "Modifiche al sistema penale", come richiamato espressamente dall'articolo 31 della medesima Legge antitrust.

Come noto, l'articolo 15, comma 1, della Legge antitrust prescrive che, qualora a seguito dell'istruttoria svolta si accerti la violazione di una o più delle disposizioni sopra men-

[1] G. Rossi, *Introduzioni ai lavori*, in *Antitrust: le sanzioni*, A. Toffoletto e L. Toffoletti, Guerini e associati, Milano, 1996, p. 15.

zionate, l'Agcm ha il potere di fissare alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle violazioni accertate e, nei casi di violazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, ha l'obbligo di disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria^[2]. La sezione I del capo I della Legge n. 689/1981 (articoli da 1 a 12) e la successiva sezione II del medesimo capo (articoli da 13 a 31) delineano, dunque, la disciplina nazionale della sanzione amministrativa, individuandone rispettivamente i principi generali e la loro applicazione^[3].

Nell'esercizio di tali prerogative, l'Agcm dispone di **un amplissimo margine di discrezionalità**, rappresentando l'ammenda antitrust uno strumento di politica della concorrenza, nel senso che il fare più o meno ricorso alla sanzione può rappresentare un significativo indicatore delle priorità dell'Autorità^[4].

Ratio della suddetta discrezionalità è, da un lato, quella di individuare un meccanismo sanzionatorio sufficientemente elastico, perché capace di tenere il passo del dibattito sui modelli di deterrenza antitrust, tuttora molto acceso; dall'altro, quella di ridurre, nei limiti del possibile, i rischi di censura

giurisdizionale^[5].

Invertendo l'ordine logico di trattazione, con riguardo al secondo profilo, va detto che, nonostante le aspettative, il sindacato del Giudice amministrativo è stato ed è rimasto assai invasivo, spesso stravolgendo del tutto le conclusioni dell'Autorità. Sotto il primo profilo, invece, il modello sanzionatorio prevalente prevede che la sanzione abbia una finalità prima dissuasiva che strettamente riparatoria, essendo a tale ultimo obiettivo – in una lettura sistemica – preposto il *private enforcement*. L'Agcm è dunque chiamata a quantificare una ammenda che, in linea di principio, non sia né troppo elevata, né troppo bassa: nel primo caso, infatti, si determinerebbe un effetto di possibile sovra-deterrenza della sanzione ovvero sia l'impresa potrebbe essere indotta a non porre in essere condotte virtuose, temendo il rischio di una multa molto elevata; nel secondo, di contro, una conseguenza di probabile sotto-deterrenza della ammenda imposta e cioè l'impresa, soppesando i vantaggi diretti della propria condotta e i rischi sanzionatori, potrebbe ritenere comunque conveniente la violazione del diritto della concorrenza^[6].

Ad ogni modo, la discrezionalità riconosciuta all'Agcm non

[2] Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 31 maggio 2000, n. 4504. Cfr. R. Giovagnoli – M. Fratini, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 1156; C. Lo Surdo, *La diffida e le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 15, 1° e 2° co., L. 10.10.1990, n. 287)*, in *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, a cura di A. Catricalà e S. Troiano, Torino, 2010, pp. 1286 e ss.

[3] Sulla sanzione in generale, cfr., *ex pluribus*, N. Bobbio, *Sanzione*, in *N.ss. D. it.*, XVI, Torino, 1969, pp. 530 e ss.; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; M. A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983; M. A. Sandulli, *Sanzione, IV sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1992.

[4] Cfr., tra tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3893. A livello comunitario, cfr. sentenza del Tribunale del 27 marzo 2014, *Saint-Gobain Glass France SA e a. contro Commissione europea*, Cause T-56/09 e T-73/09, punto 150; sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2012, *Electrabel contro Commissione europea*, Causa T-332/09, punto 230; sentenza della Corte dell'8 dicembre 2011, *KME Germany AG, KME France SAS e KME Italy SpA contro Commissione europea*, Causa C-389/10 P, punto 99; sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 luglio 2008, *BPB plc contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-53/03, punto 335; sentenza della Corte del 10 maggio 2007, *SGL Carbon AG contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-328/05 P, punto 43; sentenza della Corte del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) e ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, punto 268; sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *G.B. Martinelli contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-150/89, punto 59. D'altro canto, l'originaria versione dell'articolo 15 della Legge antitrust era stata modificata dall'articolo 11, comma 4, della Legge 5 marzo 2001, n. 57, recante *"Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati"*, proprio al fine di ampliare tale margine di discrezionalità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; in dottrina, v. M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 419; P. Lazzara, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. Amm.*, 4, 2015, pp. 767 e ss.; M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. Amm.*, 2007, pp. 265 e ss.).

[5] Cfr. W.P.J. Wills, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 29, 2006, pp. 183 e ss.; F. Ghezzi, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust; l'utilizzo dei "leniency programs" nella lotta contro cartelli e intese "hard core"*, in *Concorrenza e mercato*, 10/2002, pp. 229 e ss.; M. Maggiolino, *Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 13-14/2005/2006, pp. 313 e ss.

[6] Nell'esercizio del potere sanzionatorio generalmente le Autorità di concorrenza perseguono due obiettivi, che sono articolazione di una medesima esigenza, ovvero sia: (i) la deterrenza specifica nei confronti delle imprese o delle associazioni di imprese destinatarie della decisione di violazione delle norme in materia di intese e di abuso di posizione dominante (c.d. effetto dissuasivo specifico), ragion per cui nella determinazione della ammenda deve prendersi in considerazione la potenza economica del soggetto sanzionato, in modo tale che lo stesso non ponga in essere l'illecito accertato (cfr. sentenza della Corte del 20 gennaio 2016, *Toshiba Corporation contro Commissione europea*, Causa C-373/14 P, punto 83; sentenza della Corte del 19 marzo 2015, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Eu-*

può tradursi in arbitrio e vanta certamente dei limiti. Fondamentale è, infatti, che l'imposizione della sanzione avvenga mediante “un equo bilanciamento tra l'interesse perseguito con l'applicazione della misura sanzionatoria e la conculcazione della sfera soggettiva del destinatario della misura stessa, affinché possa evitarsi che fondamentali diritti economici [...] possano essere sacrificati sull'altare di aggressioni ingiustificate e sproporzionate”[7].

In primo luogo, dunque, la discrezionalità della Autorità trova il limite quantitativo rappresentato dal massimo edittale[8] e, più in generale, dalle varie soglie individuate dalla stessa Autorità, che rispondono anche alla esigenza di tutelare quei principi di ragionevolezza e proporzionalità[9].

In secondo luogo, l'Autorità deve tenere in debita considerazione alcune variabili espressamente individuate, al fine di valorizzare la componente personalistica dell'illecito accertato (v. in particolare, l'articolo 11 della Legge n. 689/81).

Infine, la discrezionalità dell'Agcm deve essere declinata in coerenza con la prassi e gli orientamenti della stessa Autorità e della Commissione europea, sebbene le statuizioni assunte dall'una e dall'altra in un dato procedimento non rap-

presentino un vincolo ai fini di altra e distinta istruttoria[10].

3. L'Agcm come “giudice” nel procedimento antitrust

Sembra utile, ancora, soffermarsi sulla **natura giuridica della sanzione antitrust**[11].

Al riguardo va ricordato come di recente importanti pronunce abbiano rilevato la matrice penale della ammenda per violazione del diritto della concorrenza. E ciò nonostante l'articolo 23, paragrafo 5, del Regolamento (CE) n. 1/2003 affermi a chiare lettere che “Le decisioni adottate [...] non hanno carattere penale”.

Più in particolare, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito, “CEDU”), rilevata l'elevata sanzione imposta dal carattere “repressivo” e “preventivo”, ne ha riconosciuto l'appartenenza alla materia penale, con conseguente applicazione astratta dell'articolo 6.1. della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Nella medesima occasione, la CEDU ha rilevato la compatibilità del sistema italiano di sindacato giurisdizionale con tale norma, stante l'estensione al merito del vaglio del Giudice amministrativo sul *quantum* dell'ammenda imposta[12].

*rope, anciennement Dole Germany OHG contro Commissione europea, Causa C-286/13 P, punto 142; sentenza della Corte del 4 settembre 2014, YKK Corporation e altri contro Commissione europea, Causa C-408/12 P, punto 85); (ii) la deterrenza generale nei confronti degli altri operatori economici dall'assumere o continuare condotte contrarie alle norme di concorrenza (c.d. effetto dissuasivo generale), al fine di indurli a non realizzare condotte quali quelle che hanno portato alla predetta sanzione (R. Garozzo, *Le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. Pace, Napoli, 2013, pp. 170 e ss. In giurisprudenza, a livello europeo, cfr., tra tutte, Sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *SA Musique Diffusion française e altri contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite 100 a 103/80, punti 105 e s.; a livello nazionale, cfr., *ex pluribus*, TAR Lazio, Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 125; TAR Lazio, 29 marzo 2012, nn. 3029, 3030, 3031, 3032, 3033, 3035, 3036, 3037, 3038, 3040 e 3041).*

[7] R. Giovagnoli – M. Fratini, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 19; cfr. M. A. Sandulli, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni*, in *20 anni di antitrust*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, p. 453.

[8] Cfr. F. Ghezzi, *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell'Autorità garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giur. Comm.*, fasc. 6, 2016, pp. 815 e ss.; M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 419 e s. Per una sintesi sul dibattito sulla “giusta” sanzione, cfr. A. Nicita, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. R. Maugeri e A. Zoppi, Bologna, 2010, pp. 27 e ss.

[9] Ciò significa che la ammenda antitrust non deve risultare eccessiva rispetto all'illecito accertato dall'Autorità, evidentemente tenuto conto delle peculiarità dell'impresa responsabile. Di conseguenza, la metodologia individuata prevede degli importi massimi ai fini della determinazione del disvalore dell'illecito; assicura che la gravità della infrazione sia definita sulla base del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione; ancora, garantisce la sopravvivenza sul mercato dell'impresa sanzionata; infine, fa in modo che la discrezionalità dell'Agcm non si determini nella applicazione di sanzioni di importo ritenuto in astratto eccessivamente elevato quale che sia la gravità dell'infrazione. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 giugno 2015, n. 3944; cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4114; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4506; Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736; cfr., *ex pluribus*, TAR Lazio, Sez. I, 3 luglio 2012, n. 6047. A livello comunitario, cfr. sentenza del Tribunale del 16 giugno 2011, *Putters International NV contro Commissione europea*, Causa T-211/08, punto 74; sentenza del Tribunale del 16 settembre 2013, *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG contro Commissione europea*, Causa T-386/10, punto 225; sentenza del Tribunale del 14 maggio 2014, *Donau Chemie AG contro Commissione europea*, Causa T-406/09, punto 259; sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2012, *Novácké chemické závody a.s. contro Commissione europea*, Causa T-352/09, punto 161. Sul principio di proporzionalità, in generale, cfr. I. Lianos – F. Jenny – F. Wagner von Papp – E. Motchenkova – E. David, *An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis*, UCL Faculty of Law, maggio 2014, disponibile su <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio.pdf>.

[10] Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575; cfr., tra tutte, TAR Lazio, Sez. I, 20 aprile 2015, n. 5758; TAR Lazio, Sez. I, 5 settembre 2005, n. 6546.

[11] Sia permesso rinviare a C.E. Cazzato, *Le Linee Guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust*, Torino, 2018, pp. 1 e ss.

[12] CEDU, 27 settembre 2011, *Menarini c. Italie*, come noto, il ricorso era stato presentato da Menarini, sanzionata dall'Agcm per aver partecipato a un'intesa fi-

Ulteriori pronunce hanno, poi, ribadito che il sindacato del Giudice amministrativo deve considerarsi compatibile con **il principio della tutela giurisdizionale effettiva**, sancito dall'articolo 47 della Carta di Nizza, dal momento che allo stesso è permesso comunque esercitare un controllo esaustivo in fatto e in diritto della decisione assunta, con particolare riferimento alla sanzione imposta^[13].

Ancora la CEDU, invero con riferimento alle sanzioni imposte dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (di seguito, “Consob”), ma con ragionamento spendibile anche nel caso di specie, ha ribadito la natura “penale” della sanzione irrogata, ex articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Tuttavia, la mancanza di imparzialità oggettiva della Consob, nonché la mancata conformi-

tà del procedimento **al principio dell’equo procedimento** non sono state ritenute sufficienti alla violazione dell’articolo 6 della CEDU, stante la possibilità di impugnare la decisione adottata dinanzi ad un organo giurisdizionale che offre le garanzie di cui alla norma menzionata^[14].

Tali conclusioni sono state da ultimo confermate dal Giudice amministrativo, che ha rilevato come **possa dirsi compatibile con l’articolo 6 della CEDU anche quel procedimento amministrativo che, come quello antitrust, non offra le garanzie della piena giurisdizione**. Ciò nel caso in cui, sempre come nell’ipotesi che ci riguarda, la decisione sanzionatoria risulti impugnabile dinanzi a un organo che possa sostituirsi nella determinazione della ammenda^[15].

Ad ogni modo, la giurisprudenza ha richiamato i principi

nalizzata alla fissazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato (Agcm, 1461 – *Test diagnostici per diabetici*, provv. n. 11946 del 30 aprile 2003, in *Boll.* n. 18, 2003). L’impugnazione proposta contro questa sanzione era stata rigettata tanto dal TAR del Lazio (TAR Lazio, Sez. I, 3 dicembre 2004, n. 2717) quanto dal Giudice amministrativo di secondo grado (Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397). Infine, la Corte di Cassazione aveva dichiarato irricevibile il ricorso proposto per un presunto vizio di giurisdizione (Cass. Civ., SS. UU., 17 marzo 2008, n. 7063). Su questa pronuncia, ex pluribus, cfr. S. Gobatto, *Art. 6 CEDU e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle «Autorità amministrative indipendenti»: un problema solo italiano?*, disponibile su www.diritticomparati.it. Sembra utile ricordare l’opinione dissenziente resa dal giudice Pinto de Albuquerque, il quale, sulla base del tradizionale distinguo tra sanzioni amministrative pecuniarie e penali, ha ritenuto applicabile del pari l’articolo 6 della CEDU. Lo stesso, tuttavia, ha ritenuto che il sindacato dichiaratamente debole del Giudice amministrativo italiano fosse incompatibile con la suddetta previsione. Cfr. C. Lo Surdo, *Commento all’art. 15 l. 287/1990*, in *Commentario breve al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, a cura di C. L. Ubertazzi, Padova, 2016, pp. 3310 e ss.

^[13] V. anche sentenza della Corte dell’8 dicembre 2011, *KME Germany AG, KME France SAS e KME Italy SpA contro Commissione europea*, Causa C-272/09 P; sentenza della Corte (Seconda Sezione) dell’8 dicembre 2011, *KME Germany AG, KME France SAS e KME Italy SpA contro Commissione europea*, Causa C-389/10 P. Sulla pronuncia, cfr. M. Siragusa – C. Rizza, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo “stato dell’arte” dopo le sentenze Menarini, Kme e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 2013, pp. 408 e ss.

^[14] CEDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*. Va detto, per completezza, che se la normativa comunitaria, e in particolare l’articolo 31 del Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, prevede che il Giudice comunitario possa, se del caso, anche aumentare l’ammenda o la penalità di mora irrogata – cfr., ex pluribus, sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 2007, *BASF AG (T-101/05) e UCB SA (T-111/05) contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite T-101/05 e T-111/05 -, così non è a livello nazionale. Anzi, il Giudice amministrativo non ha mai proceduto ad aumentare le sanzioni imposte dall’Autorità, ritenendo tale potere in contrasto con il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190; v. anche sulla ammissibilità di un ricorso incidentale dell’Autorità volto ad ottenere l’aumento della sanzione in caso di accoglimento della doglianza principale, Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693; in dottrina, cfr. anche R. Chiappa, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2004, pp. 1019 e ss.).

^[15] Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596, secondo cui “L’art. 6, par. 1, CEDU non impone che il procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni per la fattispecie di c.d. market abuse sia disciplinato in modo da assicurare, già nella fase amministrativa, l’imparzialità oggettiva dell’Autorità che applica la sanzione e il pieno rispetto del principio del c.d. giusto processo. La CEDU, in altri termini, non impone che le sanzioni inflitte dalla Consob siano assistite, già nella fase amministrativa del procedimento sanzionatorio che precede la fase giurisdizionale, da garanzie assimilabili a quelle che valgono per le sanzioni penali in senso stretto”; TAR Lazio, Sez. I, 26 febbraio 2016, n. 2668; TAR Lazio, Sez. I, 1° aprile 2015, n. 4943. Cfr. C. Lo Surdo, *Commento all’art. 15 l. 287/1990*, in *Commentario breve al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, a cura di C. L. Ubertazzi, Padova, 2016, pp. 3310 e ss.; M. Siragusa – C. Rizza, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo “stato dell’arte” dopo le sentenze Menarini, Kme e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 2013, pp. 408 e ss. Più in generale, sul tema che interessa, cfr. K. Nordlander – P. Harrison, *Are Rights Finally Becoming Fundamental?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 22 febbraio 2012, disponibile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/are-rights-finally-becoming-fundamental/>; G. Muguet-Poullennec – D. P. Domenicucci, *Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l’arrêt Menarini de la CEDH*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2012, n. 30, pp. 49 e ss.; J. Temple Lang, *Judicial Review of Competition Decisions under the European Convention on Human Rights and the Importance of the EFTA Court: The Norway Post Judgment*, in *European Law Rev.*, 2012, pp. 464 e ss.; R. Nazzini, *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective*, in *Common Market L. Rev.*, 2012, pp. 971 e ss.; C. Bellamy, *ECHR and competition law post Menarini: An overview of EU and national case law*, in *e-Competitions*, n. 47946, 5 luglio 2012; G. Muguet-Poullennec – D. P. Domenicucci – F. Ho-

di ordine generale da tenere in considerazione ai fini della determinazione delle sanzioni antitrust, ispirandosi a quelli che devono accompagnare l'applicazione di norme penali (*i.e.* personalizzazione della sanzione^[16], proporzionalità e di parità di trattamento sopra richiamati^[17]). In tale contesto, l'Agcm può ritenersi un "giudice", come tale terzo, nel momento in cui il suo Collegio, quale organo decisorio, giudica sugli esiti della istruttoria condotti dai suoi Uffici, quali organi inquirenti.

4. L'Agcm come "giudice" a quo

La Sentenza ha aggiunto un nuovo tassello, negando la possibilità per l'Agcm di ritenersi un giudice *a quo*. Ma andiamo per ordine.

La Sentenza è stata adottata a valle di una **ordinanza della stessa Agcm**, datata 3 maggio 2018, con cui l'Autorità aveva invocato l'intervento della Consulta in relazione alla mo-

difica operata dalla L. 27 dicembre 2017 n. 205, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020" (di seguito, "**Legge di Bilancio 2018**") alla L. 16 febbraio 1913, n. 89, recante "Ordinamento del notariato e degli archivi notarili" (di seguito, "**Legge notarile**").

Più in particolare, con detta ordinanza, l'Autorità aveva rimesso la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93-ter, comma 1-bis, della Legge notarile e 8, comma 2, della Legge antitrust, alla Corte costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 41e 117, comma 1, della Costituzione. Per gli effetti, l'Autorità aveva sospeso il procedimento I803 – *Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano* fino alla comunicazione della relativa decisione della Corte Costituzionale.

L'istruttoria in questione era stata avviata, nel gennaio 2017, nei confronti del Consiglio Notarile di Milano (di seguito,

seinian, *Sanctions prévues par le règlement n° 1/2003 et droit à une protection juridictionnelle effective: les leçons des arrêts KME et Chalkor de la CJUE*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2012, n. 32, pp. 57 e ss.; H. Schweitzer, *The European Competition Law Enforcement System and the Evolution of Judicial Review*, in *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, a cura di C. D. Ehlermann – M. Marquis, Oxford, 2011, p. 79; I. Forrester, *A Bush in Need of Pruning: the Luxuriant Growth of "Light Judicial Review"*, in *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, a cura di C. D. Ehlermann – M. Marquis, Oxford, 2011, p. 407; I. S. Forrester, *A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases*, in *European Law Rev.*, 2011, p. 185; T. Bombois, *L'arrêt Menarini c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme: droit antitrust, champ pénal et contrôle de pleine juridiction*, in *Cahiers de européen*, 2011, pp. 541 e ss.; N. Coutrelis, *Amendes, procédures antitrust et CEDH: l'harmonie plutôt que la confrontation*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2011, n. 29, pp. 108 e ss.; M. Siragusa, *Access to the Courts in a Community Based on the Rule of Law*, in *Tribunale di primo grado delle CE, De 20 ans à l'horizon 2020: Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations*, Lussemburgo, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 129; E. A. Basílico, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2011, disponibile su http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/ri-vista/articoli/allegati/Basilico_0.pdf; W. P. J. Wils, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, in *World Competition*, 2010, n. 1, p. 5; G. Bruzzone – A. Saija, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato conc. reg.*, 2010, n. 1, p. 7; J. Killick – P. Berghe, *This is not the time to be tinkering with Regulation 1/2003 — It is time for fundamental reform — Europe should have change we can believe in*, in *Competition Law Rev.*, 2010, p. 259; D. M. B. Gerard, *EU Cartel Law and the Shaking Foundations of Judicial Review*, 10 luglio 2010, disponibile su www.ssrn.com; D. M. B. Gerard, *EU Antitrust Enforcement in 2025: 'Why Wait? Full Appellate Jurisdiction, Now'*, in *CPI Antitrust J.*, 9 dicembre 2010, p. 2, disponibile su www.ssrn.com; A. Andreangeli, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham-Northampton, 2008, pp. 152 ss.; M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 569 e ss.; A. Andreangeli, *Competition enforcement and human rights after the Treaty of Lisbon: the state of play and the (near) future prospects*, in *Rights and remedies in a liberalised and competitive internal market*, a cura di E. Buttigieg, Hal Tarxien, 2012, pp. 63 e ss.; A. Andreangeli, *Competition law and human rights: striking a balance between business freedom and regulatory intervention*, in *The Global Limits of Competition Law*, a cura di I. Lianos – D. D. Sokol, Stanford, 2012, pp. 22 e ss.

[16] Sentenza della Corte del 12 novembre 2009, *SGL Carbon AG contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-564/08 P, punto 43; sentenza della Corte del 7 giugno 2007, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-76/06 P, punto 44; sentenza della Corte del 29 giugno 2006, *SGL Carbon AG contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-308/04 P, punto 46, dove ulteriori riferimenti.

[17] Cfr., *ex pluribus*, sentenza del Tribunale di primo grado del 12 settembre 2007, *William Prym GmbH & Co. KG e Prym Consumer GmbH & Co. KG contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-30/05, punto 223; sentenza della Corte del 5 maggio 1998, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-180/96, punto 96, secondo cui "Occorre ricordare che il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti[...]"; Sentenza della Corte del 13 novembre 1990, *The Queen contro The Minister of Agriculture, Fisheries and Food e The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e altri*, Causa C-331/88, punto 13. Cfr. P. Manzini, *Le ammende*, in *Il diritto antitrust dell'Unione Europea*, B. Cortese – F. Ferraro – P. Manzini, Torino, 2014, pp. 258 e ss.

“CNM”), ipotizzando un’intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell’art. 2 della Legge antitrust[18]. Nello specifico, secondo l’Autorità, il CNM avrebbe posto in essere un’articolata strategia collusiva, attraverso un insieme di iniziative, consistenti: nell’invio di richieste di informazioni sensibili ai notai del distretto, al fine di far emergere posizioni di preminenza economica; nella promozione di controlli e procedimenti disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi. Sempre secondo l’impianto accusatorio, tali iniziative sarebbero state volte ad indurre i notai del distretto a limitare, sotto il profilo quantitativo, la propria attività, così restringendo il confronto concorrenziale tra gli stessi e conducendo, in ultima analisi, a una ripartizione del mercato e a una limitazione della concorrenza di prezzo. Dopo l’avvio dell’istruttoria e nelle more dell’adozione della decisione finale, il Legislatore con la Legge di Bilancio 2018 aveva introdotto l’articolo 93-ter, comma 1-bis, della Legge notarile, ai sensi del quale “*Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l’articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”. Questa norma e l’interpretazione che di essa è stata sostenuta dal CNM, secondo l’Autorità, potrebbero escludere *ex ante* e in assenza di qualsiasi valutazione circa la concreta finalità perseguita, l’applicabilità delle disposizioni in materia di tutela della concorrenza con riferimento ai poteri disciplinari del CNM. Sicché, in presenza di atti funzionali all’esercizio dell’attività di vigilanza, sarebbe impossibile per l’Autorità intervenire a verificare se tali atti esorbitino o meno rispetto alla finalità dichiarata.

Con ordinanza, dunque, l’Agcm aveva dichiarato – per la prima volta – la propria idoneità a porre questioni di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale, sull’assunto che i presupposti perché possa essere sollevata questione di legittimità costituzionale sono che essa venga formulata da un “giudice” nell’ambito di un “giudizio” e che tali nozioni dovessero essere interpretate estensivamente, ovvero sia non ravvisan-

dosi la figura del giudice nei soli titolari degli organi di giurisdizione ordinaria e speciale, né richiedendosi che il giudizio sia solo quello che si svolge davanti ai suddetti organi[19].

In ogni caso, l’Autorità aveva rimarcato, sotto il profilo soggettivo:

- (i) la composizione dell’Autorità, ritenuta tale da porla in una posizione di indipendenza e neutralità, sottraendola a qualsiasi condizionamento esterno[20];
- (ii) la durata limitata del mandato (sette anni non rinnovabili), l’imamovibilità e il regime di incompatibilità, considerati elementi importanti ai fini dell’indipendenza e terzietà dell’Autorità[21];
- (iii) la circostanza che l’AGCM è un’autorità amministrativa indipendente rientrante nel *genus* delle autorità di garanzia, svolgenti funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, perché consistenti nella riconduzione di atti e fatti all’ambito di fattispecie astratte previste dalla Legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine giuridico[22];
- (iv) la funzione di rilevanza costituzionale esercitata dall’Agcm, posto che la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato sono valori riconducibili all’art. 41 della Costituzione;
- (v) la natura generale delle proprie funzioni, dal momento che, a differenza di altre autorità indipendenti, l’Agcm non regola e controlla uno specifico settore economico, né persegue fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza;
- (vi) l’ampio spazio che nei procedimenti sanzionatori viene dato ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale, come sancito dal caso *Grande Stevens* sopra riportato e relativo alla Consob;
- (vii) il fatto che, in base all’articolo 15 della Legge antitrust, l’Autorità, analogamente al giudice ordinario, può disporre l’inibitoria di alcuni comportamenti, intimando

[18] Agcm, 1803 – *Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano*, provv. n. 26327 dell’11 gennaio 2017, in *Boll.* n. 2, 2017. Cfr. R. Danovi, *Il procedimento disciplinare dei notai tra atti funzionali e concorrenza*, in *Notariato*, 2018, fasc. 3, pp. 257 e ss.

[19] Agcm, 1803 – *Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano*, ord. n. 1 del 3 maggio 2018, in *Boll.* n. 17, 2018.

[20] L’art. 10 della legge antitrust prevede che i componenti dell’Autorità sono nominati d’intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e funzionalità, e tanto diversamente rispetto ad altre autorità indipendenti, i cui membri sono in tutto o in parte di nomina governativa.

[21] Secondo l’Agcm, la prima impedirebbe comportamenti opportunistici finalizzati ad ottenere una nuova nomina; il regime d’incompatibilità, invece, garantirebbe che i componenti non siano portatori di interessi diversi rispetto a quelli chiamati a tutelare nell’esercizio del mandato.

[22] Sempre secondo l’Autorità, nell’esercizio della funzione di tutela della concorrenza, che rappresenta il nucleo centrale della sua attività, l’Agcm non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti (a differenza della pubblica amministrazione in senso classico, che, pur in modo imparziale, è tenuta a bilanciare contrapposti interessi pubblici e privati), ma si limita, al pari di un giudice, ad applicare la legge al caso concreto. L’agire dell’Autorità, infatti, non è caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al più ravvisare una discrezionalità tecnica nell’applicazione di regole di natura economica.

alle imprese di cessare l'infrazione e condannandole al pagamento di sanzioni pecuniarie, “*il tutto con decisione che, ove non impugnata, è suscettibile di produrre effetti analoghi a quelli del giudicato*”;

- (viii) la separazione, ritenuta adeguata, tra gli Uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni e il Collegio competente ad assumere le decisioni[23];
- (ix) la possibilità, in caso contrario, di esercitare le proprie prerogative decisionali sul merito della fattispecie oggetto del procedimento I803[24].

La Corte costituzionale, tuttavia, sulla base della giurisprudenza costituzionale relativa al significato della nozione di “*giudice*”, di cui alla Legge Cost. 9 febbraio 1948, n. 1, recante “*Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale*” e alla Legge 11 marzo 1957, n. 87, recante “*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*”, **ha ritenuto inammissibile la questione posta per difetto di legittimazione dell'Agcm.**

A tale conclusione, la Consulta è giunta, pur ricordata la tendenza all'affermazione piena del principio di costituzionalità[25] e ben presente quel filone giurisprudenziale che utilizza le categorie del giudice e del giudizio “*ai limitati fini*” o “*ai soli fini*” della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale[26]. In altri termini, nonostante dalla elastica giurisprudenza siano stati considerati legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi

non incardinati in un ordine giudiziario[27].

Secondo la Corte Costituzionale, infatti, in tutti i casi in cui la legittimazione è stata posta, si è sempre stati in presenza dell'essenziale requisito della terzietà del rimettente. E proprio tale indefettibile carattere è stato ritenuto mancante nel caso dell'Agcm.

L'Autorità, infatti, è parte resistente del processo amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti antitrust, ai sensi degli artt. 133, comma 1, lettera l), e 134, comma 1, lettera c), dell'Allegato 1 al Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante “*Codice del processo amministrativo*”, che prevedono la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti e quella di merito per le sanzioni pecuniarie irrogate[28].

La Consulta ha, inoltre, valorizzato i nuovi poteri di *advocacy* dell'Agcm, che ai sensi dell'art. 21-*bis* della Legge antitrust ha anche assunto la inedita posizione di parte processuale ricorrente per l'impugnazione davanti al Giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica, ritenuti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Da ultimo, **è stata ritenuta insussistente quella netta separazione tra gli Uffici inquirenti e il Collegio giudicante dell'Agcm**, attesa l'esistenza, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della Legge antitrust, di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo “risponde” anche del funzionamento dei servizi e degli Uffici medesimi[29].

[23] Secondo il regolamento di organizzazione, infatti, i primi non dipenderebbero – sotto il profilo organizzativo e funzionale – dal Collegio, ma dal Segretario generale.

[24] Sull'ordinanza, cfr. E. Verdolini, *La legittimazione dell'Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l'A.g.c.m.?*, in *forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 22 novembre 2018; G. Colavitti, *L'AGCM solleva la questione di costituzionalità dell'art. 93 ter della legge notarile*, in *Notariato*, 2018, fasc. 4, pp. 387 e ss.

[25] Corte Cost., 12 dicembre 1957, n. 129; cfr. anche Corte Cost., 12 ottobre 2017, n. 213; Corte Cost., 13 dicembre 2017, n. 262. Tale principio tocca il suo apice in quelle pronunce che ravvisano i requisiti di accesso in presenza di mere “*zone d'ombra*”, ossia di situazioni in cui l'allargamento dei concetti di giudice o giudizio appare necessaria non solo per attrarre al controllo di costituzionalità un'area che altrimenti ne resterebbe esclusa ma anche per ammettere “*al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte*” (Corte Cost., 24 aprile 2017, n. 89; cfr., inter alia, Corte Cost., 23 luglio 2015, n. 181).

[26] Così implicitamente ammettendo che esse possano differire da quelle valide ad altri, anche più generali, fini (cfr. Corte Cost., 12 ottobre 2017, n. 213; Corte Cost., 13 dicembre 2017, n. 262). In tal modo è stato possibile consentire il giudizio incidentale di costituzionalità pur in presenza di aspetti di volta in volta soggettivamente o oggettivamente di difficile riconduzione a generali e predeterminati schemi concettuali. Si è così affermato che, «*per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all'organizzazione della giurisdizione”, “posti in posizione super partes” (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966)*» (Corte Cost., 28 novembre 2001, n. 376).

[27] G. Colavitti, *L'AGCM solleva la questione di costituzionalità dell'art. 93 ter della legge notarile*, in *Notariato*, 2018, fasc. 4, p. 390, secondo cui «*Quello che conta, però, non è tanto la qualificazione formale operata dal legislatore, quanto la presenza sostanziale dei requisiti soggettivi ed oggettivi della “giurisdizionalità”*» (v. anche cfr. M. Margaritelli, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 366 ss.; S. Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 190 ss.).

[28] Cfr., *ex pluribus*, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 luglio 2011, n. 15; Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751; Consiglio di Stato, Sezione VI, 3 febbraio 2005, n. 280; Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865.

[29] Nello stesso senso, nel caso dell'Autorità della concorrenza greca, cfr. sentenza della Corte (grande sezione) del 31 maggio 2005, *Synetairismos Farmakopion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri contro GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, Causa C-53/03.

In definitiva, la Corte ha escluso la possibilità che l'Agcm possa rimettere una questione costituzionale, sull'assunto che difetti di quella terzietà che la giurisprudenza costante ha ritenuto connotazione imprescindibile del "giudice". Ciò perché gli organi giurisdizionali sono "*estranei per definizione alla situazione sostanziale*" e così non è nel caso di specie, come più in generale di tutte quelle amministrazioni indipendenti che partecipano al giudizio di impugnativa di un proprio atto^[30].

5. Conclusioni

Commentare la Sentenza e le sue implicazioni è forse prematuro.

Un dato è certo, però. Le conclusioni della Corte Costituzionale avranno **strascichi dinanzi al Giudice amministrativo**, chiamato a pronunciarsi sulla illegittimità dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità, perché adottati a valle di un procedimento non ritenuto giusto, in quanto portato a compimento da un Collegio privo della necessaria terzietà. In altri termini, nell'immediato futuro si chiederà al TAR Lazio perché mai, se l'Agcm non è giudice terzo ai fini della rimessione della questione di legittimità, può ritenersi tale nell'esercizio del proprio *public enforcement*. Magari facendo ricorso a dati statistici che dicono che in caso di avvio è difficile ottenere l'archiviazione della istruttoria^[31].

La Sentenza, dunque, sarà foriera di contenzioso. E, quindi, bene per gli Avvocati.

Tuttavia, trarre dalla Sentenza in questione una censura generale dell'assetto organizzativo attuale dell'Autorità e, prima

ancora, del giusto procedimento che dinanzi a essa si svolge, significa, ad avviso di chi scrive, trascurare la dialettica a valle della quale nel 1990 l'Agcm è stata istituita, sulla base del modello del Garante per l'Editoria e delle esperienze dell'Alta Autorità della CECA e della Commissione europea. Anche soppesando la possibilità di affidare all'Autorità solo poteri istruttori e riservare quelli decisori a un distinto soggetto^[32]. Allo stesso modo, perorare tale conclusione significa anche non tenere nella debita considerazione le molteplici pronunce comunitarie ed europee di cui si è detto, che hanno ritenuto **pienamente legittimo il procedimento che si svolge dinanzi all'Agcm**, in quanto fondato su un insieme di garanzie comunque sufficiente, stante, in particolare, il sindacato del Giudice amministrativo.

D'altro canto, tradurre la Sentenza nei termini in questione significherebbe mettere in discussione l'assetto organizzativo non solo dell'Agcm, ma pressoché di tutte le altre autorità indipendenti e, più in generale, anche il ruolo di queste ultime nel nostro ordinamento.

E l'intento della Consulta non sembra essere stato questo, anche considerati riferimenti alla giurisprudenza in forza della quale un "giudice" può essere tale anche solo ai fini della rimessione della questione di legittimità costituzionale.

E allora, l'auspicio è che dalla Sentenza possa determinarsi in **un ulteriore rafforzamento del giusto procedimento dinanzi all'Agcm**, come delle altre autorità indipendenti. E proprio questo pare, allo stato, il più diretto insegnamento della Sentenza.

[30] Cfr. Corte Cost., 15 maggio 1990; Corte Cost., 28 aprile 1989, n. 243; Corte Cost., 18 gennaio 1989, n. 18; Corte Cost., 15 maggio 1974, n. 128; Corte Cost., 12 luglio 1967, n. 110. V., ancora, Cass. Civ., Sez. I, 21 maggio 2018, n. 12461; Cass. Civ., Sez. Un., 24 gennaio 2013, n. 1716; Cass. Civ., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341; sentenza della Corte (Grande Sezione) del 17 luglio 2014, *Angelo Alberto Torresi e Pierfrancesco Torresi contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, Cause riunite C58/13 e C59/13.

[31] Di recente, però, il dato sembra in controtendenza: cfr. <https://www.osservatorioantitrust.eu/it/>.

[32] Cfr., tra tutti, A. Pera, *Vent'anni dopo: l'introduzione dell'antitrust in Italia*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, pt. 2, pp. 837 e ss.

Le Pagine de L' AULA CIVILE

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

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Angelo Lupoi

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

GLI AUTORI DI QUESTO NUMERO

Guglielmo Bernabei

Avvocato e Dottore di ricerca; a livello professionale si occupa di rilevanti questioni di procedura civile, con particolare riferimento alla fase esecutiva e ai procedimenti speciali, vantando consolidata esperienza in materia di famiglia, di stato delle persone e in arbitrato. Si occupa, inoltre, di protezione dei dati personali e di tematiche contrattualistiche, legate al diritto dell'economia e dell'impresa.

Massimiliano Bina

Ha conseguito, nel 2009, il titolo di Dottore di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso la stessa Università discutendo una tesi dal titolo «Tutela provvisoria estabiltà dei provvedimenti». È Professore a contratto di Deontologia e Ordinamento forense presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università dell'Insubria di Varese. È autore di diversi articoli pubblicati in varie riviste scientifiche nelle materie del diritto processuale civile e del diritto fallimentare e partecipa, regolarmente, come relatore, a convegni scientifici, nazionali ed internazionali, e di aggiornamento professionale. Avvocato dal 2006, Massimiliano svolge la sua attività nei settori del contenzioso in materia civile e dell'azienda di impresa ed è membro del direttivo della Camera Civile di Varese.

Dario Bonetti

Dottore in Giurisprudenza laureato con Lode, Avvocato del Foro di Ravenna

Elena Briganti

Laureata in giurisprudenza presso l'Università di Bologna, Campus di Ravenna, con una tesi in diritto processuale tributario e civile dal titolo "La sospensione del processo tributario". Svolge la pratica forense in uno studio di Ravenna ove si occupa principalmente di diritto civile, trattando di esecuzione forzata, responsabilità medica e diritto di famiglia.

Emanuele Caimi

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.

Carlo Edoardo Cazzato

Avvocato, è coordinatore della practice di Antitrust & Regulatory dello studio legale Lipani Catricalà & Partners e si occupa in prevalenza di public e private enforcement.

Chiara Cracolici

Avvocato, iscritto all'albo dell'ordine degli avvocati di Torino, specializzata 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.

Francesca Cuomo Ulloa

Avvocato in Genova e mediatrice civile e commerciale, è dottore di ricerca in diritto processuale civile ed ha svolto attività di ricerca e di docenza presso le Università di Castellanza, di Pavia e di Sassari ed attività di formazione in materia di mediazione, arbitrato e alternative dispute resolution.

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.

Giuseppe Finocchiaro

Professore associato di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Brescia, i suoi interessi spaziano dalle ADR, all'esecuzione individuale e collettiva, fino all'ordinamento giudiziario e forense.

Cinzia Gamba

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

Elisa Giardini

Dopo essersi laureata nel 2002, cum laude, in giurisprudenza presso l'Alma Mater Studiorum - Università degli Studi di Bologna, con una tesi dal titolo "Legislazione ordinaria e statuto della convivenza", ha conseguito l'abilitazione alla professione forense e dal 2006 è iscritta all'Albo degli Avvocati di Ravenna, città nella quale lavora.

Concetta Marino

È professore associato di Diritto processuale civile e insegna Diritto dell'esecuzione civile nell'Università di Catania ove è anche docente nella Scuola di specializzazione per le professioni legale. È componente del Comitato scientifico del Centro di ricerca sulla giustizia dei minori e della famiglia dell'Università di Catania e del Comitato di coordinamento scientifico che, in convenzione con l'Ateneo catanese, si occupa dell'organizzazione dei Corsi di alta formazione per i

gestori della crisi da sovraindebitamento. È autrice della monografia "La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale" (Giuffrè editore, 2005) e di ulteriori contributi sulla medesima materia, nonché in materie afferenti al diritto processuale della famiglia e al diritto dell'esecuzione civile, settori di suo particolare interesse.

Martina Mazzei

Vincitrice del premio di laurea per la miglior tesi in Diritto processuale civile conferito dalla Fondazione Internazionale per la famiglia Fracassi e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tre. Attualmente svolge la pratica forense a Roma ed è tirocinante ex art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Repubblica della Corte d'appello di Roma. Collabora con diverse riviste giuridiche, occupandosi prevalentemente di Diritto civile e Diritto processuale civile.

Mirco Minardi

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

Jacopo Polinari

Dottore di ricerca in diritto dell'arbitrato interno e internazionale nell'università LUISS di Roma. Svolge la professione di avvocato in Roma, occupandosi principalmente di consulenza e contenzioso, anche arbitrale, in materia di diritto amministrativo e contrattualistica pubblica e privata.

Giacomo Pailli

Assegnista e dottore di ricerca nell'Università di Firenze, ha conseguito un Master of Laws (LL.M.) alla New York University ed è avvocato ammesso in Italia e nello Stato di New York. Si interessa di tematiche di diritto processuale comparato, diritto processuale europeo ed international litigation. Su questi temi ha pubblicato ed è stato relatore in Italia e all'estero.

Mattia Polizzi

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

Adriano Sponzilli

Avvocato in Bologna, patrocinante in cassazione, cultore della materia in diritto industriale presso l'Università degli studi di Bologna, LL.M.

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.