

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

3 2019

marzo

IN QUESTO NUMERO:

CONTUMACIA

MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI

NOTIFICAZIONI INTEMPESTIVE

GARANZIA FIDEIUSSORIA E TUTELE

MINORI E SOCIAL NETWORK

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

TRUST

RESPONSABILITÀ AGGRAVATA

PROCESSO E PRIVACY


MAGGIOLI
EDITORE

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

3 2019

marzo

IN QUESTO NUMERO:

CONTUMACIA

MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI

NOTIFICAZIONI INTEMPESTIVE

GARANZIA FIDEIUSSORIA E TUTELE

MINORI E SOCIAL NETWORK

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

TRUST

RESPONSABILITÀ AGGRAVATA

PROCESSO E PRIVACY

|||
**MAGGIOLI
EDITORE**

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

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

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

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

MOTIVAZIONE DELL'ATTO DI APPELLO

- 5** Il punto sulle principali linee interpretative in materia di motivazione dell'atto d'appello ai sensi dell'art. 342 c.p.c.
di Cinzia Gamba

QUALIFICAZIONE DELLE SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA

- 10** Alle sezioni unite l'ultima parola sulla qualificazione delle sezioni specializzate in materia di impresa
di Francesca Ferrari

ABF

- 17** Il valore "binding" delle decisioni ABF
di Ermelinda Hepaj

ESECUZIONI IMMOBILIARI

- 22** Nullità formali o sostanziali del procedimento esecutivo immobiliare: preminenza della tutela dell'aggiudicatario, anche provvisorio, e stabilità processuale della vendita forzata
di Maria Rosaria Manselli

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO E COMPETENZA

- 28** La duplice sentenza dichiarativa di fallimento e il conflitto positivo di competenza
di Roberto Alemanno

CONTUMACIA

- 31** Contumacia, ficta litis contestatio e istanze di riforma
di Mattia Polizzi

MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI

- 38** Chiarimenti della Suprema Corte di Cassazione in ordine alla distinzione tra mutatio libelli ed emendatio libelli.
di Alessio Antonelli

NOTIFICAZIONI INTEMPESTIVE

- 43** Decesso del destinatario della notifica ex art. 331 c.p.c. e oneri del notificante: alle Sezioni Unite una nuova questione in tema di notificazioni intempestive
di Alessia D'Addazio

GARANZIA FIDEIUSSORIA E TUTELE

- 49** Garanzia fideiussoria: eccezioni opponibili dal garante e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.
di Giorgio Mazzone

MINORI E SOCIAL NETWORK

- 54** Immagini di minori sui social network: note in tema di strumenti rimediali e poteri del giudice civile.
di Beatrice Ficarelli

DIRITTI REALI

- 57** Tutela sostanziale e manipolazione delle categorie classiche: il *pacte de tontine* francese
di Caterina Silvestri

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

- 64** Amministrazione di sostegno del detenuto e competenza territoriale
di Caterina Pasini

TRUST

- 67** Il trust interno: azione revocatoria e litisconsorzio necessario
di Martina Mazzei

PROCEDURE DI INSOLVENZA

- 76** La prevenzione temporale nel regolamento UE 848/2015: regole ed eccezioni
di Gianni Ghinelli

RESPONSABILITÀ AGGRAVATA

- 81** La concezione polifunzionale della responsabilità civile e l'art. 96 comma 3 c.p.c.
di Ezio Maria Barbieri

**REVOCATORIA E INSOLVENZA
TRANSFRONTALIERA**

- 87** Competenza esclusiva e azione revocatoria in materia di insolvenza transfrontaliera
di Lucilla Galanti

LITISPENDENZA EUROUNITARIA

- 92** Prior in tempore: profili della prevenzione temporale nella litispendenza eurounitaria (Testo ampliato della relazione al convegno "Il tempo nel diritto, il diritto nel tempo", svoltosi a Ravenna, il 14 marzo 2019)
di Michele Angelo Lupoi

PRESUPPOSTI DI FALLIBILITÀ

- 101** Sulla durata dell'esercizio sociale ai fini dell'art. 1 della Legge fallimentare: adeguamento delle soglie o ampliamento del termine?
di Emanuele Caimi

PROCESSO E PRIVACY

- 104** Appunti sulla riservatezza degli atti e dei documenti nel processo
di Roberto Bonatti

MOTIVAZIONE DELL'ATTO DI APPELLO

Il punto sulle principali linee interpretative in materia di motivazione dell'atto d'appello ai sensi dell'art. 342 c.p.c.

di Cinzia Gamba

dell'1 marzo 2019

Sommario

1. L'art. 342 c.p.c. novellato, i primi orientamenti giurisprudenziale e la motivazione dell'atto d'appello
2. L'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la giurisprudenza successiva

1. L'art. 342 c.p.c. novellato, i primi orientamenti giurisprudenziale e la motivazione dell'atto d'appello

La giurisprudenza formatasi sull'art. 342 c.p.c. novellato con la riforma del 2012, valorizzando il dettato nuovo normativo, ha ritenuto che l'atto d'appello motivato debba essere redatto in modo organico e strutturato in modo più accentuato rispetto al passato^[1]. In particolare, secondo le pronunce di merito emanate successivamente all'entrata in vigore della riforma, il legislatore con la modifica dell'art. 342 ha inteso agevolare, da un lato, l'immediata percezione da parte del giudice di appello, già ad una prima lettura dell'atto di impugnazione, delle conseguenze che l'accoglimento delle doglianze dell'appellante può avere sulla tenuta della decisione impugnata e, dall'altro, la stesura della sentenza di riforma, nel caso l'appello venisse ritenuto fondato in tutto o in parte, consentendo il ricorso ad una motivazione mediante il richiamo alle deduzioni dello stesso appellante.

Sotto un primo profilo, l'art. 342 c.p.c. richiede che l'appellante individui in modo chiaro ed esauriente il "quantum appellatum", circoscrivendo il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono e formulando, sotto il profilo qualitativo, le ragioni di dissenso rispetto al percorso adotta-

to dal primo giudice, sì da esplicitare la idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata^[2]. In questo senso, l'art. 342 c.p.c. onera l'appellante di indicare da una parte «il contenuto della nuova valutazione richiesta al giudice di secondo grado», e, dall'altra, di argomentare circa la rilevanza dell'errore di diritto commesso dal giudice di primo grado sulla correttezza della decisione, al fine di consentire al giudice del gravame di percepire con certezza il contenuto delle censure, con riguardo alle statuizioni impugnate^[3]. In quest'ottica, l'appello, per superare il vaglio di ammissibilità previsto espressamente dalle disposizioni normative, deve indicare le parti del provvedimento che intende impugnare, deve esplicitare il contenuto della nuova valutazione richiesta al giudice di secondo grado (suggerendo le modifiche che dovrebbero essere apportate al provvedimento in ordine alla ricostruzione del fatto), e deve altresì specificare la violazione di legge (in ipotesi) denunziata ed il suo rapporto di causalità con l'esito della lite^[4]. In modo più analitico, la motivazione dell'appello deve ricomprendere: 1) la parte o capo di sentenza che la parte intende impugnare^[5]; 2) l'indicazione dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado e la sua sottoposizione a critica^[6]. In particolare, con riguardo all'indicazione «delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro ri-

[1] In questo senso, espressamente, si v. ad esempio App. Lecce Taranto 20.2.17, *Pluris*.

[2] *Ex multis*, C 25.5.17, n. 13151, *Pluris*; conf. App. Milano 7.3.17, *Pluris*, App. 7.4.17, *Pluris*; App. Napoli 18.1.17, *Pluris*.

[3] Così T. Firenze 7.7.16, *Pluris*.

[4] App. Reggio Calabria 27.1.14, *DeJure*.

[5] *Ex multis* App. Ancona 7.2.17, *Pluris*; App. Lecce Taranto 25.10.16, *Pluris*; App. Lecce Taranto, 28.4.16, *Pluris*.

[6] App. Bari 18.2.13, F. it. 13, 3, I, 969; T. Verona 28.5.13, in *DeJure*; App. Lecce Taranto 6.2.17, *Pluris*; T. Padova 23.3.17, *Pluris*; App. Bari 18.2.13, F. it. 13, 3, I, 969. Ai sensi dell'art. 342 c.p.c., il nuovo art. 434 c.p.c. (riformato sul modello del nuovo art. 342 c.p.c.) obbliga l'appellante ad indicare in primo luogo le parti del-

levanza ai fini della decisione impugnata», le «circostanze» sono da individuare in quei fattori, di fatto e/o di diritto, che, a parere dell'appellante, hanno determinato l'errore di diritto denunciato. Occorre, inoltre, che l'impugnante descriva il modo in cui quei fattori (rectius, la violazione) abbiano inciso sulla decisione impugnata. Si rende necessario, quindi, per un verso, che l'appellante indichi il contenuto della nuova valutazione richiesta al giudice di secondo grado, e, per altro verso, che l'appellante non si limiti a denunciare una mera erronea interpretazione o applicazione di norme di legge, ma argomenti circa la rilevanza dell'errore di diritto commesso dal giudice di primo grado sulla correttezza della decisione (al fine di consentire al giudice del gravame di percepire con certezza il contenuto delle censure, con riguardo alle statuizioni impugnate)[7]; infine, secondo i primi orientamenti formati successivamente all'entrata in vigore della riforma, la motivazione avrebbe dovuto contenere: 3) l'indicazione del c.d. "progetto alternativo di sentenza" rispetto a quello contenuto nella sentenza appellata[8]. Tuttavia, su tale requisito, sono intervenute alcune sentenze della Corte di Cassazione, fino ad arrivare ad un intervento delle Sezioni Unite[9].

L'atto d'appello, quasi come una sentenza, deve contenere la "enunciazione volitiva" del suo gravame con la "illustrazione argomentativa" destinata a contrastare le ragioni addotte dal primo Giudice. Qualora l'appellante non contrasti in modo adeguato e con sufficiente grado di specificità, il fondamento logico – giuridico di tutte le argomentazioni del primo giudice, l'accertamento ed il giudizio valutativo di quest'ultimo non possono essere assoggettati a riesame[10]. La cognizione del giudice d'appello è circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso specifici motivi e tale specificità esige che alle argomentazioni svolte nella sen-

tenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante al fine di incrinare il fondamento logico – giuridico delle prime, non essendo le statuizioni di una sentenza separabili dalle argomentazioni che le sorreggono[11]. È onere dell'appellante, dunque, indicare specificamente, oltre agli errori di diritto per i quali la sentenza si ritiene viziata, anche il nesso causale tra l'errore denunciato e la decisione impugnata[12]. La dottrina, analizzando la prima giurisprudenza e riassumendone le indicazioni interpretative, aveva affermato che la completezza dell'atto d'appello richiede che l'appellante: 1) indichi in modo preciso le parti di provvedimento che intende impugnare; 2) indichi gli errori di fatto e/o giuridici presenti nella motivazione del provvedimento che si impugna; 3) proponga le modifiche che si vogliono apportare alla decisione; non sarà sufficiente riferirsi alle statuizioni del dispositivo, dovendo tener conto anche delle parti di motivazione che non sono condivise dall'appellante; 4) indichi i passi della sentenza che intende criticare, almeno riassunti in modo chiaro e specifico in modo tale che non sia equivoco il contenuto; 5) esponga specificamente i motivi di dissenso, illustrando gli errori compiuti dal giudice di prime cure; 6) esponga, sulla base dell'elemento di cui al punto 5), un "ragionato progetto alternativo di decisione". Il nuovo atto d'appello ha assunto così un profilo di contenuto analogo a quello di una sentenza, dovendo possedere il requisito della autosufficienza, che condiziona l'ammissibilità del gravame. Il giudice, tuttavia, è chiamato ad una attenta valutazione e ad una concreta verifica della rispondenza della ricostruzione compiuta dall'appellante agli elementi acquisiti in corso di causa, dato che l'art. 342 c.p.c. va ricollegato all'istituto del filtro e alla valutazione preliminare che il giudice è chiamato a compiere ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c.[13].

la sentenza delle quali chiede la riforma, nonché la modifiche richieste, potendo così il decidente con immediatezza e senza studi defatiganti sia le richieste tendenti ad un effetto demolitorio di precise parti di motivazione della decisione impugnata, sia le richieste sorrette da specifica e adeguata motivazione critica, tendenti con stretta corrispondenza anche espositiva ad un effetto sostitutivo e chirurgicamente preciso di tali parti con le parti indicate dall'appellante, il che si armonizza anche con le funzionalità di editing redazionale consentite sul piano informatico dal processo civile telematico: App. Salerno 1.2.13, *Giusto p. civ.* 13, 482 ss., n. critica di Scarselli.

[7] App. Firenze 8.4.15, *Lanuovaproceduracivile.com*.

[8] In questo senso, si v. ad esempio T. Monza 25.3.14, *Pluris*.

[9] V. *amplius infra*.

[10] App. Lecce Taranto 20.2.17, *Pluris*.

[11] T. Milano 17.2.17, *Pluris*; App. Lecce 18.4.16, *Pluris*; T. Treviso 9.7.16, *Pluris*.

[12] App. Firenze 10.3.15, *Pluris*; App. Lecce – Taranto 28.4.16, *Pluris*; App. Lecce Taranto 17.10.16, *Pluris*; si deve esplicitare il contenuto della nuova valutazione richiesta al giudice di secondo grado, suggerendo le modifiche che dovrebbero essere apportate al provvedimento in ordine alla ricostruzione del fatto, e deve altresì specificare la violazione di legge – in ipotesi – denunciata ed il suo rapporto di causalità con l'esito della lite (App. Reggio Calabria 27.1.14, *Delure*).

[13] Consolo (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2013, p. 593; critico Scarselli, *Il nuovo contenuto dell'atto di appello ex art. 342 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2013, p. 481 ss.; Tedoldi, *L'appello civile*, Milano, 2015, 151 ss.; Gamba, in Carpi e Taruffo (a cura di), *Commentario breve al c.p.c.*, 2018, cfr. App. Potenza 16.4.2013, *Pluris*; App. Ancona 7.2.17, *Pluris*.

La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, in un secondo momento è intervenuta rendendo meno restrittivi gli orientamenti delle corti di merito. In particolare, secondo la Suprema Corte l'art. 342 c.p.c. non esige lo svolgimento di un "progetto alternativo di sentenza", nè una determinata forma, nè la trascrizione integrale o parziale della sentenza appellata, ma impone all'appellante di individuare, in modo chiaro ed inequivoco, il "quantum appellatum", formulando, rispetto alle argomentazioni adottate dal primo giudice, pertinenti ragioni di dissenso che consistono, in caso di censure riguardanti la ricostruzione dei fatti, nell'indicazione delle prove che si assumono trascurate o malamente valutate ovvero, per le doglianze afferenti questioni di diritto, nella specificazione della norma applicabile o dell'interpretazione preferibile, nonchè, in relazione a denunciati "errores in procedendo", nella precisazione del fatto processuale e della diversa scelta che si sarebbe dovuta compiere^[14]. Inoltre, la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 434, il quale, secondo l'interpretazione adottata dai giudici della Suprema Corte, "in coerenza con il paradigma generale contestualmente introdotto dall'art. 342 c.p.c., non richiede che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, ma, in ossequio ad una logica di razionalizzazione delle ragioni dell'impugnazione, impone al ricorrente in appello di individuare, in modo chiaro ed esauriente, sotto il profilo della latitudine devolutiva, il quantum appellatum e di circoscrivere l'ambito del giudizio di gravame", con riferimento sia agli specifici capi della sentenza di primo grado sia ai passaggi argomentativi che li sorreggono; "sotto il profilo qualitativo le argomentazioni che vengono formulate (n.d.r. nell'atto d'appello) devono proporre le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice ed esplicitare in che senso tali ragioni siano idonee a determinare le modifiche della statuizione censurata chiesta dalla parte"^[15]. Nello stesso senso, ai fini della corretta formulazione di un atto di appello, non si ritiene che le deduzioni fornite da parte appellante debbano, ai sensi dell'art. 342 c.p.c., assumere una forma determinata o ricalcare la decisione appellata diversificandone il contenuto, ma che debbano unicamente individuare in modo chiaro ed esauriente il

quantum appellatum che faccia esplicito riferimento non soltanto agli specifici capi della sentenza impugnata bensì anche ai passaggi argomentativi che li sorreggono, cercando di esplicitare le ragioni di dissenso e a nulla rilevando la mancata indicazione delle modifiche che a proprio giudizio andavano apportate^[16]. La specificità della motivazione prescinde da qualsiasi particolare rigore di forme, ma richiede che, in relazione al contenuto della sentenza appellata, al giudice siano indicate, oltre ai punti ed ai capi della decisione investiti dal gravame, anche le ragioni correlate ed alternative rispetto a quelle che sorreggono la pronuncia, in base alle quali è chiestalariforma, cosicché il *quantum appellatum* resti individuato in modo chiaro ed esauriente^[17]. In materia di appello, quando il giudizio di primo grado venga definito sulla base di una motivazione idonea a sorreggere la decisione, l'appellante, che postuli l'erroneità in fatto e in diritto della decisione, senza però farsi carico di criticare la motivazione nella parte idonea a reggere il decisum, incorre nel fenomeno della acquiescenza tacita, ponendo in essere un atto incompatibile con la volontà di avvalersi del mezzo di impugnazione^[18].

2. L'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la giurisprudenza successiva

Sullo sfondo degli orientamenti interpretativi di prima applicazione poc'anzi delineati, le Sezioni Unite della corte di cassazione sono intervenute poco più di un anno fa per definire le linee di contenuto dell'atto d'appello in armonia con le prescrizioni contenute nell'art. 342 c.p.c.: il riferimento è alla sentenza Cass. s.u. 16.11.17, n. 27199^[19]. Le posizioni interpretative in contrasto, messe in luce dall'ordinanza di rimessione, hanno condotto a una interpretazione non costante nella giurisprudenza di legittimità. Mentre, infatti, alcune sentenze, a fronte della necessità per l'appellante di «individuare in modo chiaro ed esauriente il quantum appellatum», hanno escluso che l'art. 342 c.p.c. novellato imponga alla parte di compiere le proprie deduzioni in una determinata forma, riprendendo i capi della decisione impugnata ma con diverso contenuto, altre sentenze hanno richiesto all'appellante una specificità di livello più approfondito, rilevando che l'impugnazione deve, per non incor-

[14] Cass. 5.5.2017, n. 10916, *Pluris*; Cass. 22.1.2019, n. 1634, *Pluris*.

[15] Cass. 5.2.2015, n. 2143, *Pluris*.

[16] T. Trento 30.4.15, *Pluris*.

[17] Cass. s.u. 27.5.15, n. 10878; conf., con rif. all'art. 434, App. Lecce, 25.1.2016, *Pluris*.

[18] Cass. 16.6.2015, n. 12606, *Pluris*.

[19] Corr. g. 18, 1, 70, n. di Godio; *Giur. It.*, 2018, 6, 1413 nota di Marchesi; *Dir. e Pratica Lav.*, 2018, 12, 812; *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 3, 861 nota di Bianchi.

rere in inammissibilità, offrire una ragionata e diversa soluzione della controversia rispetto a quella adottata dal primo giudice. Altre pronunce hanno dato una lettura delle disposizioni normative nel senso che la parte appellante deve affiancare alla parte volitiva dell'impugnazione anche una parte argomentativa, che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice^[20]. A fronte di questo quadro interpretativo dissonante, la Sezioni unite hanno ritenuto che l'interpretazione degli «artt. 342 e 434 c.p.c. debba essere nel senso che, mediante l'atto di impugnazione, si debbano individuare chiaramente le questioni e i punti contestati della sentenza impugnata e con essi dei relativi motivi di dissenso, affiancandosi alla parte volitiva una parte argomentativa che contrasti le ragioni del provvedimento impugnato, ma dovendosi escludere, permanendo la natura di «*revisio prioris instantiae*» dell'appello, permanendo la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che il relativo atto debba rivestire particolari forme sacramentali o contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione». La suprema Corte ha rilevato una linea di continuità nelle rispetto al passato, affermando che «la modifica in questione, lungi dallo sconvolgere i tradizionali connotati dell'atto di appello, ha in effetti recepito e tradotto in legge ciò che la giurisprudenza di questa Corte, condivisa da autorevole e maggioritaria dottrina, aveva affermato già a partire dalla sentenza n. 16 del 2000 suindicata, e cioè che, ove l'atto di impugnazione non risponda ai requisiti stabiliti, la conseguente sanzione è quella dell'inammissibilità dell'appello. Le disposizioni normative novellate esigono che le questioni e i punti contestati della sentenza impugnata siano chiaramente enucleati e con essi le relative doglianze; per cui, «se il nodo critico è nella ricostruzione del fatto, esso deve essere indicato con la necessaria chiarezza, così come l'eventuale violazione di legge. Ne consegue che, così come potrebbe anche non sussistere alcuna violazione di legge, se la questione è tutta in fatto, analogamente potrebbe porsi soltanto una questione di corretta applicazione delle norme, magari per presunta erronea sussunzione della fattispecie in un'ipotesi normativa diversa; il tutto, naturalmente, sul presupposto ineludibile della rilevanza della prospettata questione ai fini di una diversa decisione della controversia». Pertanto, nell'atto di appello: 1) deve affiancarsi alla parte volitiva una parte argomentativa, che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. 2) La maggiore o minore ampiezza e specificità delle doglianze ivi contenute è diretta conseguenza del-

la motivazione assunta dalla decisione di primo grado. Ove le argomentazioni della sentenza impugnata dimostrino che le tesi della parte non sono state in effetti vagliate, l'atto di appello potrà anche consistere, con i dovuti adattamenti, in una ripresa delle linee difensive del primo grado; mentre è logico che la puntualità del giudice di primo grado nel confutare determinate argomentazioni richiederà una più specifica e rigorosa formulazione dell'atto di appello, che dimostri insomma di aver compreso quanto esposto dal giudice di primo grado offrendo spunti per una decisione diversa. 3) L'individuazione di un «percorso logico alternativo a quello del primo giudice», però, non dovrà necessariamente tradursi in un «progetto alternativo di sentenza». Sul punto, le Sezioni unite hanno disatteso un orientamento giurisprudenziale inizialmente affermato presso la giurisprudenza di merito: «il richiamo, contenuto nei citati articoli 342 e 434 c.p.c., alla motivazione dell'atto di appello non implica che il legislatore abbia inteso porre a carico delle parti un onere paragonabile a quello del giudice nella stesura della motivazione di un provvedimento decisivo. Quello che viene richiesto – in nome del criterio della razionalizzazione del processo civile, che è in funzione del rispetto del principio costituzionale della ragionevole durata – è che la parte appellante ponga il giudice superiore in condizione di comprendere con chiarezza qual è il contenuto della censura proposta, dimostrando di aver compreso le ragioni del primo giudice e indicando il perché queste siano censurabili. 4) Se le argomentazioni della sentenza impugnata dimostrino che le tesi della parte non sono state effettivamente vagliate dal giudice di primo grado, l'atto di appello potrà anche consistere, con i dovuti adattamenti, in una ripresa delle linee difensive del primo grado; lo stesso discorso vale quando riprendere le argomentazioni del primo grado sia funzionale alla censura della sentenza. 5) All'appellante non è richiesto il rispetto di particolari forme sacramentali o comunque vincolate. 6) Non è necessaria, a pena di inammissibilità, la compresenza nell'atto di appello dei motivi di impugnazione di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 342 c.p.c. novellato, ben potendo essere sufficiente la presenza di censure in fatto o di censure in diritto. In sintesi, le sezioni unite hanno rimarcato le linee interpretative che si erano già assestate sotto la vigenza della disposizione precedente, molte delle quali sono del tutto attuali in relazione alla nuova formulazione della norma: pertanto, è stato richiesto un sufficiente livello di specificità della motivazione dell'impugnazione, unito alla necessità di

[20] Per riferimenti v. *supra*.

una razionalizzazione dei motivi di appello, che devono individuare in modo chiaro le parti di sentenza che si intendono impugnare e le ragioni di fatto e di diritto poste alla base della impugnazione; al contempo, la cassazione è intervenuta a temperare il rigore dei nuovi orientamenti interpretativi, escludendo chiaramente la necessità di un “progetto alternativo di sentenza” quale requisito di forma contenuto dell’atto di appello componente della “motivazione”, riconfermano, invece, la necessità della individuazione di un “percorso logico alternativo a quello del primo giudice”». La linea interpretativa successiva all’intervento delle Sezioni Unite ha proseguito nel solco tracciato dalla pronuncia e ne ha consolidato il risultato. La giurisprudenza ha ribadito 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 addotte 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[21]. L’indicazione dei motivi richiesta dagli artt. 342 e 434 c.p.c. richiede unicamente una esposizione chiara ed univoca sia della domanda rivolta al giudice del gravame sia

delle ragioni della doglianza rispetto alla ricostruzione della vicenda operata dal primo giudice[22]. Nel processo civile d’appello, la struttura devolutiva del giudizio di impugnazione non determina alcuna inversione dell’onere della prova a carico del convenuto soccombente in primo grado, il quale, proponendo appello, non deve provare l’insussistenza dei fatti costitutivi della domanda attorea, ma è tenuto soltanto a dimostrare la fondatezza dei propri motivi di gravame mediante una precisa e ben argomentata critica della decisione impugnata, formulando pertinenti ragioni di dissenso in relazione alla operata ricostruzione dei fatti ovvero alle questioni di diritto trattate.[23]. È ammissibile il richiamo alle difese svolte in primo grado nella misura in cui l’atto d’appello esprima articolate ragioni di doglianza su punti specifici della sentenza di primo grado, non potendo altrimenti ritenersi sufficiente il generico rinvio alle difese svolte in quella sede, senza una critica adeguata e specifica della decisione impugnata che consenta al giudice del gravame di percepire con certezza il contenuto delle censure, in riferimento alle statuizioni adottate dal primo giudice[24]. In ogni caso, l’appello non è a critica vincolata, pertanto, l’individuazione di un percorso logico alternativo a quello del primo giudice non deve necessariamente tradursi in un progetto alternativo di sentenza[25]. Per esigenze di razionalizzazione e di economia processuale, l’atto di appello, infine, non deve contenere vacui formalismi né la trascrizione integrale o parziale della sentenza impugnata o di parti di essa[26].

[21] Cass. 11.7.2018, n. 18225, *Pluris*; Cass. 29.10.2018, n. 27391, *Pluris*; App. Milano 25.1.2019, *Pluris*; App. Roma 16.1.2019, *Pluris*; App. Roma 23.11.2018, *Pluris*; Tribunale Pordenone 28.5.2018, *Pluris*; App. Roma 24.10.2018 *Pluris*.

[22] App. Milano 5.12.2018, *Pluris*.

[23] Cass. 21.8.2018, n. 20836, *Pluris*.

[24] Cass. 15.10.2018, n. 25670, *Pluris*.

[25] App. Catania 30/11/2018, *Pluris*.

[26] Cass. 30.5.2018, n. 13535, *F. It.*, 2018, 7-8, 1, 2334.

QUALIFICAZIONE DELLE SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA

Alle sezioni unite l'ultima parola sulla qualificazione delle sezioni specializzate in materia di impresa

di Francesca Ferrari

del 4 marzo 2019

Sommario

Premessa

1. Dalle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale alle sezioni specializzate in materia d'impresa
2. La specializzazione e i profili organizzativi
3. I rapporti tra le sezioni specializzate per l'impresa e le sezioni ordinarie: questione di competenza in senso tecnico o questione "tabellare" di riparto degli affari giurisdizionali?

Premessa

Con l'ordinanza interlocutoria del 30 gennaio scorso, la Prima sezione civile della Suprema Corte rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite ai fini della questione, oggetto di contrasto, se il rapporto tra le Sezioni ordinarie e la Sezione specializzata per l'impresa del medesimo ufficio giudiziario si configuri come una questione di competenza in senso tecnico, o, invece, di mera ripartizione interna degli affari. Trattasi, per la verità, di tema da tempo discusso non solo dalla giurisprudenza – come peraltro dà atto la Prima sezione indicando le pronunce più rilevanti, nonché gli argomenti addotti a sostegno di una tesi e dell'altra – ma anche dalla dottrina. Al fine di comprendere la rilevanza della questione oggetto della rimessione alle SS.UU. si rende opportuno un *excursus* in merito alle evo-

luzioni normative che hanno condotto alla situazione attuale.

1. Dalle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale alle sezioni specializzate in materia d'impresa

Con il d.lgs. n. 168 del 27 giugno 2003 il diritto della proprietà industriale e intellettuale ha acquisito la qualifica di «materia specializzata»^[1]. Ed infatti con il decreto legislativo citato, in attuazione della legge 12 dicembre 2002 n. 273 («Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza»)^[2], vengono istituite presso i Tribunali e le Corti di Appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia^[3], le sezioni specializzate a composizione collegiale per la trattazione dei procedimenti giudiziari in materia di «mar-

[1] Sul tema cfr. P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, che segnala come la chiara scelta di campo in favore della specializzazione dell'organo giudiziario da parte del legislatore non sembri rappresentare un'adeguata risposta alle esigenze specifiche delle controversie in materia di impresa, manifestando perplessità in merito alla scelta di specializzare l'ufficio piuttosto che il singolo giudice. La proposta sembra però – a giudizio di chi scrive – difficilmente conciliabile con alcuni principi cardine del nostro diritto processuale civile..

[2] Su questa legge cfr. Floridia, *Il commento alla legge 273/2002*, in *Il dir. ind.*, 2003, p. 30.

[3] Questa ripartizione territoriale delle Sezioni specializzate è stata oggetto di critiche pressoché unanimi da parte della dottrina che ha, in particolare, segnalato le anomalie dell'istituzione di una sola sede in Lombardia (regione nella quale affluivano e tutt'ora affluiscono più cause in materia di tutela dei diritti della proprietà industriale rispetto a tutto il resto d'Italia, così Barbuto, *Rito e collegialità, i nodi ancora da sciogliere*, in *GD*, 2003, 30, p. 23; Id., *La Sezione specializzata di Torino e il progressivo ricorso alla tutela cautelare*, in *Il dir. ind.*, 2008, p. 118; Scotti, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale. Osservazioni relative ad alcune questioni processuali*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2612; Bonelli, *Sezioni specializzate di diritto industriale: speranze o illusioni?*, in *Il dir. ind.*, 2004, p. 107; Currò, *Il c.p.i.; profili processuali, questioni vecchie e nuove sulla competenza nell'esperienza delle sezioni specializzate*, in *Il dir. ind.*, 2006, p. 174) e della mancanza di una sezione in Sardegna, a fronte della previsione di ben due sedi in Sicilia (Palermo e Catania). Al riguardo si era ipotizzato che il legislatore avesse, per una mera svista, confuso le "sigle" di Catania e Cagliari (così Barbuto, *Brevetti: processi rapidi con le sezioni specializzate*, in *GD*, 2002, p. 49).

chi nazionali, internazionali e comunitari, brevetti di invenzione e per nuove varietà vegetali, modelli di utilità, disegni e modelli e diritto di autore nonché fattispecie di concorren-

za sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale»[4].

Come la dottrina ha messo in luce sin dell'entrata in vigo-

In merito alla mancata costituzione di una sezione specializzata a Cagliari ha avuto occasione di pronunciarsi la Corte costituzionale che, con l'ordinanza del 14 dicembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, p. 657, con nota di Casaburi, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale – con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. – dell'art. 16 d.lgs. n. 273/2002 e degli artt. 1 e 4 d.lgs. 168/2003.

[4] Quanto alla competenza delle sezioni specializzate nelle controversie attinenti la concorrenza sleale, la dottrina e la giurisprudenza hanno da sempre manifestato diverse perplessità. La giurisprudenza maggioritaria ha adottato un'interpretazione restrittiva dell'art. 3 d.lgs. 168/2003, in forza della quale le sezioni specializzate sarebbero competenti solo nelle controversie in tema di concorrenza sleale proposta unitamente ad una separata domanda, connessa alla prima, avente ad oggetto direttamente un diritto di proprietà intellettuale o industriale (cfr. Trib. Reggio Emilia, 28 gennaio 2005, in *GADI*, 2005, p. 4850; Trib. Venezia, 19 febbraio 2004, in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 339; Trib. Venezia, 9 luglio 2004, in *AIDA*, 2005, II, p. 1041; Trib. Bologna, 4 giugno 2004, in *AIDA*, 2005, II, p. 339, Trib. Bologna, 21 gennaio 2004, in *SSPI*, 2004, I, p. 14; Trib. Venezia, 4 dicembre 2003, in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 339, con nota di Mayr; Trib. Venezia, 15 aprile 2004, in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 36, con nota di Capra). Secondo l'impostazione "estensiva" – adottata da una parte della dottrina a cui si ritiene di dovere aderire – le sezioni specializzate dovrebbero ritenersi competenti in tutte le controversie in materia di concorrenza (L.C. Ubertazzi, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, pp. 219 ss.; Id., *Ancora sulla competenza per materia delle sezioni IP*, in *AIDA*, 2005, pp. 283 ss., il quale giustifica l'estensione delle materie di competenza delle sezioni specializzate alla luce dei lavori preparatori del d.lgs. 168/2003, della natura speciale, ma non eccezionale, delle norme in tema di competenza delle sezioni specializzate, dell'interpretazione costituzionalmente orientata di tali norme ed infine, sulla base di ragioni di economia processuale. In senso conforme cfr. Capra, *Nuovi orientamenti in tema di competenza delle Sezioni Specializzate*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, pp. 54 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma, 26 luglio 2004, in *SSPI*, 2004, I, p. 369; Trib. Roma, 27 luglio 2004, in *SSPI*, 2004, p. 370; Trib. Napoli, 20 maggio 2004, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2875. Secondo un orientamento intermedio, accolto dalla giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cass., 9 aprile 2008, n. 9167, in *Rep. AIDA*, 2010, I.15.3, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2134 e in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, p. 239, con nota di Filippelli), il concetto di "interferenza" non coincide con quello di accessorialità o connessione, per cui, ai fini della competenza delle sezioni specializzate, è sufficiente che la controversia in materia di concorrenza sleale richieda, anche solo indirettamente, l'accertamento di un diritto della proprietà intellettuale, escludendo però dal concetto di "interferenza" le controversie di concorrenza sleale "pura" (si tratta, ad esempio, delle controversie relative alla pubblicità ingannevole e comparativa ai sensi del d.lgs. 145/2007, delle controversie in tema di pratiche commerciali scorrette di cui al codice del consumo e delle controversie riguardanti l'abuso di dipendenza economica. In argomento cfr. Tavassi, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Corr. Giur.*, 2012, 8 – 9, p. 1122. Sull'orientamento c.d. intermedio cfr., in dottrina, P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, cit., pp. 129 ss., spec. pp. 125 – 126; Scotti, *Le sezioni specializzate (DL 27.6.2003 n. 168) osservazioni relative ad alcune questioni processuali*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2627; Filippelli, *La concorrenza sleale interferente*, cit., p. 343; Mayr, *La concorrenza sleale "interferente"*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 209; Lomonaco, *Sezioni specializzate e concorrenza sleale "interferente": le nuove prospettive offerte dal Codice della Proprietà Industriale*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1207; in giurisprudenza cfr. Trib. Napoli, 19 maggio 2004, in *Il dir. ind.*, 2005, p. 209; Trib. Napoli, 20 maggio 2004, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2875; Trib. Napoli, 21 dicembre 2004, in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 46; Trib. Palermo, 10 marzo 2004, in *GADI*, 2004, p. 4726; Trib. Napoli, 5 ottobre 2004, in *Giur. nap.*, 2004, p. 410; Trib. Roma, 23 aprile 2004, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 300, con nota di Caselli). Sul tema cfr. anche P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, cit., pp. 119 ss., il quale afferma che «il permanere del riferimento al concetto di "interferenza" sembra confermare [...] la sussistenza di un'area di controversie in materia di concorrenza sleale sottratte alla competenza delle sezioni specializzate. Si tratterebbe, segnatamente, dei casi di "concorrenza sleale pura"; casi in cui non si manifesta alcuna interferenza, neppure indiretta, sull'esercizio dei diritti di proprietà industriale». In generale, sull'argomento, cfr. anche Di Cola, *I provvedimenti cautelari in materia di diritto d'autore e della proprietà industriale. Profili processuali*, in Aa.Vv., *I procedimenti cautelari*, a cura di Carratta, Bologna, Zanichelli, 2013, pp. 990 ss., spec. 992 – 995. In giurisprudenza, hanno negato la competenza delle sezioni specializzate nei casi di concorrenza sleale c.d. pura, ossia in quei casi in cui «la lesione dei diritti riservati non costituisca, in tutto o in parte, elemento costitutivo della lesione del diritto alla lealtà concorrenziale, tale da dover essere valutata, sia pure *incidenter tantum* nella sua sussistenza o nel suo ambito di rilevanza»: Cass., 29 ottobre 2013, n. 24418, in *De Jure*; Cass., 23 settembre 2013, n. 21762, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Trib. Reggio Emilia, 25 settembre 2014, in *De Jure*. Sul punto il disegno di legge delega A.C. 2593 per l'efficienza del processo civile presentato dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze l'11 marzo 2011 e approvato dalla Commissione giustizia della Camera nel febbraio 2016 (in merito al quale si rinvia alle considerazioni di Menchini, *Il disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione*, in *Giust. Civ.*, 2015, pp. 335 ss.; Capponi, *Il d.d.l. 2953/C/XVII «delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile»*, in *www.judicium.it*), poi arenatosi, prevedeva l'ampliamento della competenza delle attuali sezioni specializzate per le imprese (che avrebbero dovuto essere ridenominate "Sezioni specializzate per le imprese e il mercato") a tutte le controversie in materia di concorrenza sleale, indipendentemente dal fatto che la stessa interferisca con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale nonché l'attribuzione alle medesime anche delle liti in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. In realtà, sempre ai sensi del disegno di legge citato, l'ampliamento della competenza delle sezioni specializzate avrebbe dovuto essere ben più rilevante estendosi all'azione di classe a tutela dei consumatori, alle controversie sugli accordi di collaborazione nella produzione e lo scambio di beni o servizi relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo di collaborazione ex art. 2341-bis, III comma, c.c., alle liti ex art. 3, II comma, d.lgs. 168/2003 relative a società di persone nonché a quelle in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario. Era stato sottolineato, a seguito dell'approvazione del disegno di legge in questione dalla Camera, che questa ulteriore estensione

re della citata disciplina, la *ratio* della medesima doveva rinvenirsi nell'opportunità di far confluire tutte le materie indicate, caratterizzate da significativa complessità e tecnicità, presso sezioni costituite da magistrati altamente specializzati e professionali^[5].

Peraltro, va sottolineato come la scelta del legislatore italiano si sia indirizzata verso l'istituzione di organi giurisdizionali specializzati senza la partecipazione ai medesimi di soggetti estranei all'amministrazione della giustizia e, quindi, senza la previsione – come invece è avvenuto in altri Paesi europei^[6] ed anche in Italia, ma in relazione ad altre materie^[7] – di collegi misti con la partecipazione di esperti.

L'istituzione delle sezioni specializzate conduce, altresì, alla loro identificazione come Tribunali dei marchi comunitari^[8]

e dei disegni e modelli comunitari^[9] e ciò al fine, ancora una volta, di uniformare la disciplina italiana a quella comunitaria. Siffatto riconoscimento ha peraltro consentito di ottenere l'archiviazione della procedura di infrazione per inadempimento dei Regolamenti istitutivi delle privative, che già pendeva contro il nostro Paese^[10].

A seguito di un'esperienza certamente positiva quale quella delle sezioni specializzate in materia di diritti della proprietà industriale ed intellettuale il legislatore è intervenuto istituendo – a mezzo del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27, recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività»^[11] – il c.d. «Tribunale delle imprese». Con la norma citata è stato di-

di competenza delle sezioni impresa, peraltro da attuarsi senza alcun onere aggiuntivo, non fosse auspicabile nell'ottica dell'efficienza del processo civile (si consenta il rinvio a F. Ferrari, *Il sequestro dell'anima. Natura e funzioni del sequestro in materia di proprietà intellettuale*, Torino, 2016, p. 15, nt. 13).

^[5] Su questo tema cfr. Giussani, *Questioni di competenza in senso stretto e in senso lato nella nuova disciplina delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in Nivarra (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Quaderno di Aida n. 12, Milano, 2005, p. 187; Bonelli, *Sezioni specializzate di diritto industriale: speranze o illusioni?*, in *Il dir. ind.*, 2004, p. 105; Scotti, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale (DL 27.6.2003 n. 168) osservazioni relative ad alcune questioni processuali*, cit., p. 2638; Casaburi, *L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, p. 251, Id., *Le sezioni distrettuali della proprietà intellettuale ed industriale. Perché poi non si dica "peccato"!*, in *Il dir. ind.*, 2003, p. 204; Id., *L'istituzione delle sezioni specializzate per la proprietà industriale ed intellettuale: (prime) istruzioni per l'uso*, in *Il dir. ind.*, 2003, p. 405; Id., *L'evoluzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, II, p. 263; Barbuto, *Brevetti: processi più rapidi con le sezioni specializzate*, cit., 35; Id., *Rito e collegialità, i nodi ancora da sciogliere*, cit., pp. 18 ss.; Cerretto, *Marchi e brevetti: sezioni specializzate condizionate dall'incognita delle sedi*, in *Guida al diritto*, 2003, 10, p. 112; Floridia, *Il riordino della proprietà intellettuale*, in *Il dir. ind.*, 2003, p. 22; Scuffi, *Le sezioni specializzate di diritto industriale per cooperazione comunitaria ed applicazione decentrata delle regole di concorrenza*, in *Il dir. ind.*, 2003, p. 213; Spaccasassi, *Sezioni specializzate di Diritto industriale: quale rito?*, in *www.altalex.com*; L.C. Ubertazzi, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, p. 219, nonché in P. Marchetti – L.C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., cit., pp. 152 ss.; Id., *La competenza per materia delle sezioni IP*, relazione al convegno di Palermo del 26 giugno 2004, in *AIDA*, 2004; Id., *La competenza per materia delle sezioni IP*, in Nivarra (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 159 ss.

^[6] Per esempio in Germania e in Svezia.

^[7] Il riferimento è ai Tribunali regionali delle acque pubbliche istituiti, con il r.d. n. 1775 dell'11 dicembre 1933 e alle Sezioni Specializzate agrarie, di cui alla l. n. 320 del 2 marzo 1963. Quanto all'opportunità di collegi misti sia consentito il rinvio a F. Ferrari, *The Court Expert*, in *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, a cura di van Rhee – Uzelac, Cambridge, 2011, pp. 211 ss.

^[8] L'art. 91 Regolamento n. 40/94 CE del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario (poi abrogato e sostituito dal Regolamento CE n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009, a sua volta poi abrogato e sostituito dall'oggi vigente Regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea) prevedeva infatti: «Gli Stati membri designano nei rispettivi territori un numero per quanto possibile ridotto di tribunali nazionali di prima e di seconda istanza, qui di seguito denominati «tribunali dei marchi comunitari», che svolgeranno le funzioni ad essi attribuite dal presente regolamento».

^[9] L'art. 80 Regolamento n. 6/2002 del Consiglio (CE) del 12 dicembre 2001 sui modelli e i disegni comunitari prevede altresì che «Gli Stati membri designano nei rispettivi territori un numero per quanto possibile ridotto di organi giurisdizionali nazionali di primo e di secondo grado (tribunali dei disegni e modelli comunitari), che svolgeranno le funzioni ad essi attribuite dal presente regolamento».

^[10] Si trattava della procedura di infrazione n. 2000/497, archiviata nell'ottobre 2003.

^[11] Tale legge è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 24 marzo 2012, n. 71, Suppl. ord. n. 53. Su questo argomento cfr. Iorio, *Il Tribunale delle imprese*, in *www.judicium.it*, 25 settembre 2013; Merlin, *Le nuove sezioni delle imprese fra corsie preferenziali e sviluppo del mercato*, in *www.diritto24.it*; Celentano, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, cit., 7, p. 814; Casaburi, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in *Il dir. ind.*, 2012, 6, p. 517; Panzani, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, in *Giur. mer.*, 2012, 9, p. 1786; Id., *Tribunale delle imprese: un intervento troppo timido che lascia l'Italia al palo sulla riscossione dei crediti*, in *Guida al dir.*, 2012, n. 7, pp. 7 ss.; Riva Crugnola, voce *Tribunale delle imprese*, in *Enc. Treccani*, 2013; Id., *Tribunale imprese, il nodo delle competenze*, in *Guida al dir.*, 2012, n. 7, p. 29; Id., *Il tribunale delle imprese: isola felice o fallimento annunciato?*, in *Quest. giust.*, 2012, n. 5, p. 101; Tavassi, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, cit., p. 1116; Tenaglia, *L'istituzione del tribunale*

rettamente modificato il d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, incidendo sulle materie rientranti nella competenza delle sezioni specializzate che, dunque, oggi sono competenti: (1) nelle materie già devolute alle “trasformate” sezioni specializzate dall’art. 134 c.p.i.; (2) per le controversie in materia di diritto d’autore; (3) per le controversie di cui all’art. 33, comma II, l. 10 ottobre 1990, n. 287, in materia di tutela della concorrenza e del mercato; (4) per le controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell’Unione europea; (5) relativamente alle società di capitali, alle società cooperative e mutue assicuratrici, alle società europee di cui ai Reg. (CE) n. 2157/2001 e Reg. (CE) n. 1435/2003, nonché alle stabili organizzazioni delle società costituite all’estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento, per le cause e i procedimenti: (a) relativi a rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti l’accertamento, la costituzione, la modificazione o l’estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l’incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, le opposizioni di cui agli artt. 2445, III comma, 2482, II comma, 2447 – *quater*, II comma, 2487-ter, II comma, 2503, II comma, 2503-bis, I comma, e 2506-ter c.c.; (b) relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti; (c) in materia di patti parasociali, anche diversi da quelli regolati dall’art. 2341-bis c.c.; (d) aventi ad oggetto azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate contro le società che le controllano; (e) relativi a rapporti di cui all’art. 2359, I comma, n. 3, all’art. 2497

– *septies* e all’art. 2545 – *septies* c.c.; (f) relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società menzionate, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario; (6) per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli sopra menzionati.

All’allargamento della competenza devoluta al «Tribunale delle imprese» si è accompagnato un incremento più che considerevole del numero delle sezioni che, dalle 12 previste in campo industrialistico, sono divenute prima 21, cui si è in seguito aggiunta la sezione specializzata presso il Tribunale e la Corte d’Appello di Bolzano^[12]. Si è dunque verificato un fenomeno che si pone in posizione opposta rispetto alla «specializzazione»^[12].

2. La specializzazione e i profili organizzativi

Giova peraltro ricordare che la tendenza verso la specializzazione *insubiecta materia* già si era manifestata ben prima del d.lgs. n. 168 del 2003, posto che la Commissione governativa istituita per l’adeguamento all’Accordo *TRIPS* già aveva avuto modo di sottolineare come la mancanza di specializzazione costituisse un difetto di fondo dell’ordinamento italiano. La c.d. bozza Mirone (dal nome della Commissione istituita per la riforma del diritto societario), poi stralciata^[13], prevedeva anch’essa l’istituzione presso le Corti d’Appello e presso la stessa Corte di Cassazione, di sezioni specializzate nella trattazione anche dei procedimenti in tema di concorrenza, brevetti e segni distintivi di impresa, meglio definiti allora come Tribunali distrettuali dell’economia.

La specializzazione costituisce in realtà un *trend* che indubbiamente caratterizza non solo il nostro ordinamento, ma anche altri ordinamenti^[14]. Vi sono Paesi nei quali esistono tribunali specializzati, distinti dai tribunali generalisti (per

delle imprese, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 75; Santagada, *Sezioni specializzate per l’impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *www.judicium.it*, 23 maggio 2012; Corbellini, *Le sezioni specializzate su proprietà industriale ed intellettuale diventano “tribunali delle imprese”*, in *www.diritto24.ilsole-24ore.com*, 26 gennaio 2012; Giussani, *L’attribuzione delle controversie industrialistiche alle sezioni per l’impresa*, in Giussani (a cura di), *Il processo industriale*, cit., pp. 3 ss.; Tenaglia, *Le sezioni specializzate in materia d’impresa*, in *Le Società*, 2012, p. 805; Id., *L’istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Corr. giur.*, 2012, fasc. 5, 2, p. 75; Verde, *Il Tribunale delle imprese*, Bari, 2012; Casaburi, *La tutela della proprietà industriale e il Tribunale delle imprese*, in *Il dir. ind.*, 2012, p. 517.

[12] Ciò è avvenuto ad opera della l. 9/2014.

[13] Cfr. G. Sena, *Sezioni specializzate*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 113 ss.; S. Caporusso, *La c.d. novità del Tribunale delle imprese*, in *http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2012/10/caporusso.pdf*, 155. Vedi altresì le considerazioni di Floridia, *Sulla “despecializzazione” delle Sezioni specializzate*, in *Dir. Ind.*, 2008, 294 – 295 a seguito della devoluzione – attuata con la legge di conversione n. 31/2008 del d.l. n. 248/2007 – delle controversie in materia di appalti pubblici alle, allora sezioni specializzate in materia di diritti della proprietà industriale ed intellettuale. In generale si è messa in dubbio l’idoneità dello stesso intervento legislativo istitutivo delle Sezioni impresa a perseguire obiettivi primari e pressanti quali lo sviluppo e la competitività del Paese (cfr. Merlin, *Le nuove “sezioni delle imprese” fra corsie preferenziali e sviluppo del mercato*, pubblicato il 19 febbraio 2013 su *Sistema Società – Diritto 24*, Il Sole 24 Ore).

[14] Lo stralcio è avvenuto ad opera della l. n. 366 del 3 ottobre 2001, legge delega per la riforma del diritto societario. Sulla relazione della Commissione Miro-

esempio il tribunale di commercio in Francia e in Belgio o le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale in Russia); in altri Paesi invece si tratta di sezioni specializzate che fanno parte di un gruppo di tribunali, quali ad esempio il tribunale dei brevetti del Regno Unito che fa parte della *Chancery Division* o il tribunale del commercio, che fa parte della *Queen's Bench Division*[15].

Dall'esame del reale funzionamento della specializzazione a livello comparatistico emergono inoltre non solo alcuni vantaggi della stessa, peraltro facilmente riscontrabili anche nel nostro ordinamento[16], ma anche taluni limiti e soprattutto la necessità di conciliare la specializzazione con i principi e i valori fondamentali sottesi alla tutela giurisdizionale dei diritti.

Sotto questo profilo, infatti, vi è chi ha sottolineato come la specializzazione possa condurre ad un'eccessiva omogeneità nelle soluzioni e dunque ad una stagnazione nell'evoluzione giurisprudenziale[17] nonché alla perdita di terzietà, che si può verificare ove il giudice – da applicatore di regole – diventi troppo “parente” degli interessi su cui incide[18]. Pienamente condivisibili sono dunque le considerazioni di chi ha evidenziato come non si debba contrapporre alla specializzazione un metodo diverso «(astrattamente) egualitario, ma (concretamente) inefficiente e non adeguato alle esi-

genze di chi si rivolge alla giustizia. Si tratta, invece, di partire dal dovere primario di soddisfare quelle esigenze»[19]. Non si può poi dimenticare che l'art. 19 del d.lgs. n. 160 del 2006 prevede che «Salvo quanto previsto dagli articoli 45 e 46, i magistrati che esercitano funzioni di primo e secondo grado possono rimanere in servizio presso lo stesso ufficio svolgendo le medesime funzioni o, comunque, il medesimo incarico nell'ambito delle stesse funzioni, per un periodo massimo di dieci anni» e che con il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449 è stato aggiunto l'art. 7-bis (più volte modificato, da ultimo con la l. 30 giugno 2007, n. 111) al R.D. 30 gennaio 1941, n. 2 sull'Ordinamento Giudiziario ed è stato attribuito al C.S.M. il “*potere tabellare*”[20].

3. I rapporti tra le sezioni specializzate per l'impresa e le sezioni ordinarie: questione di competenza in senso tecnico o questione “tabellare” di riparto degli affari giurisdizionali?

Con l'istituzione delle sezioni specializzate si configura un ulteriore significativo problema attinente alla natura delle stesse, posto che il d.lgs. 168/2003 non chiarisce se tali organi costituiscano mere suddivisioni interne del medesimo ufficio giudiziario, al pari delle sezioni lavoro[21] e delle sezioni fallimentari o veri e propri uffici giudiziari autonomi,

ne, pubblicata in *Riv. soc.*, 2000, p. 14, cfr. Consolo, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 570; Costantino, *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Torino, 2010, pp. 393 ss.

[15] Cfr. a mero titolo esemplificativo: S. Voet, *Belgium's new specialized judiciary*, in *Russian Law Journal*, 2014, pp. 129 ss.; D. Van Loggerenberg, *Specialization of South African judges and courts: multi – skilled, multitasked, multiaccess?*, in *Russian Law Review*, pp. 187 ss.; L. Terekhova, *Grounds for specialization of Courts and Judges in Russia*, *ivi*, pp. 176 ss.; E. Silvestri, *Judicial specialization: In search of the 'Right' Judge for Each Case?*, *ivi*, pp. 169 ss.; A. Uzelac, *Mixed Blessing of Judicial Specialisation. The Devil is in the Detail*, *ivi*, pp. 146 ss.; L. Baum, *Specializing the Courts*, Chicago, 2011; Id, *Probing the Effects of Judicial Specialization*, in *Duke Law Journal*, 2009, pp. 1667 ss.; *Counsellative Council of European Judges (CCEJ)*, *Opinion n. 15 on the Specialisation of Judges*, 2012.

[16] Cfr. le considerazioni di F. Carpi, *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1009 ss. ove dà atto anche del parere n. – 15 del Comitato consultivo dei giudici europei (CCJE) sulla specializzazione dei giudici. Sul tema si v. altresì, a titolo esemplificativo, P. Borrè, G. Petrella, *La specializzazione del giudice*, in *Il Ponte*, 1968, pp. 866 ss.; D. Cavallini, *Problematiche attuali di ordinamento giudiziario: revisione della geografia giudiziaria, specializzazione del giudice e questione manageriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, pp. 761 ss.; M. Romei Passetti, *L'art. 111 Cost. e il principio di efficienza dell'organizzazione giudiziaria*, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 507 ss.

[17] Cfr. le osservazioni di Scotti, Tavassi, C. Galli, F. Ferrari alla tavola rotonda organizzata da AIPPI e AICIPI sul tema “*Le sezioni specializzate in materia d'impresa*”, 16 maggio 2013.

[18] G. Civinini, *La specializzazione del giudice*, cit., 2000, p. 621.

[19] A. Proto Pisani, *Garanzia del giusto processo e garanzia di tutela dei minori*, in *Le Società*, 2000, p. 3, *ivi* nt. 1.

[20] Rordorf, *La professionalità dei magistrati. Specializzazione ed avvicendamento*, in *Foro It.*, 2000, V, c. 272.

[21] Cfr. G.Verde, *Il giudice fra specializzazione e “diritto tabellare”*, cit., p. 135. L'Autore ritiene che sarebbe opportuno ricondurre i poteri del C.S.M. entro i confini della Costituzione e della l. n. 195/58, escludendo ogni ipotesi di ingerenza dell'organo di autogoverno della magistratura nell'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia.

al pari delle sezioni specializzate agrarie^[22] o del tribunale per i minorenni^[23].

La risposta al quesito relativo alla natura delle sezioni specializzate ha poi un'importanza non solo teorica, ma anche pratica, in quanto da essa consegue la qualificazione dei rapporti intercorrenti tra l'autorità giudiziaria ordinaria e i giudici specializzati.

Infatti, laddove si ritenesse che le sezioni specializzate costituiscano un ufficio separato rispetto all'autorità giudiziaria ordinaria ci si troverebbe di fronte ad una vera e propria questione di competenza e l'ordinanza di incompetenza potrebbe essere impugnata solo con il regolamento necessario di competenza *ex art.* 42 c.p.c.

Viceversa, se – come si ritiene corretto – si dovessero qualificare le sezioni specializzate quali suddivisioni interne

dell'ufficio giudiziario ordinario, il riparto tra le sezioni integrerebbe una mera ripartizione interna dei carichi di lavoro^[24] e la violazione della regola andrebbe fatta valere o in base all'art. 83-ter disp. att. c.p.c. o, ove la violazione concerna anche l'art. 50-bis c.p.c., quale motivo di nullità della sentenza stessa^[25].

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, condiviso tuttavia anche recentemente dalla Suprema Corte, le sezioni specializzate sarebbero qualificabili come uffici giudiziari autonomi in quanto destinati a garantire una specifica competenza dei magistrati che le compongono e non sarebbero invece, come le sezioni lavoro, destinate a garantire uno snellimento della trattazione della cause^[26].

Un più recente approccio giurisprudenziale, invece, qualifica il rapporto tra sezioni specializzate in materia di impresa

^[22] Servello, *Giurisdizioni speciali e sezioni specializzate*, in *Enc. Giur.*, Roma, 7, definisce le sezioni lavoro quali «giudici a competenza particolare». Sulla natura delle sezioni lavoro cfr. Cass., 9 novembre 2006, n. 23891, in *Giust. civ.*, 2007, p. 69, con nota di Didone, nonché la recente Cass., 5 maggio 2015, n. 8905, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, secondo cui è inammissibile il regolamento di competenza proposto avverso l'ordinanza con cui il tribunale, adito in funzione di giudice del lavoro, abbia dichiarato la propria incompetenza per materia in favore di una sezione ordinaria del medesimo ufficio giudiziario, atteso che «la ripartizione di funzioni fra la suddette sezioni non implica l'insorgenza di una questione di competenza ma, esclusivamente, di rito, riguardando la distribuzione degli affari all'interno dello stesso ufficio». In senso conforme Cass., 23 settembre 2009, n. 20494, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 9, p. 1346.

^[23] Nonostante le sezioni agrarie dipendano burocraticamente e in termini organizzativi dall'ufficio giudiziario presso il quale sono incardinate, la Suprema Corte ha sancito che il rapporto tra le stesse e le altre sezioni dello stesso ufficio giudiziario va ricondotto «nell'ambito della nozione di competenza, in quanto all'unico dato contrario (e favorevole alla riconducibilità alla nozione della ripartizione interna ad un unico ufficio), rappresentato dall'essere la Sezione incardinata nell'ambito del Tribunale e, quindi, organizzativamente e burocraticamente nell'Ufficio del Tribunale, se ne contrappongono tre favorevoli, costituiti il primo dall'uso da parte del legislatore del termine competenza per individuare la potestà giurisdizionale delle Sezioni, il secondo dall'espresso riferimento della competenza proprio alla Sezione, il terzo dall'essere la composizione della sezione del tutto peculiare, in quanto scaturente dall'apporto di magistrati ordinari togati in servizio presso il Tribunale e di magistrati onorari, i cd. esperti, altrimenti estranei al normale apparato organizzativo del Tribunale». Sulla natura delle sezioni agrarie cfr. Cass., 3 giugno 2009, n. 12859, in *Mass. Giur. it.*, 2009. Si veda inoltre Cass., 21 maggio 2015, n. 10508, in *Giust. civ. Mass.* 2015, che ha nuovamente riaffermato il principio secondo il quale la questione relativa al riparto della competenza tra tribunale ordinario e sezione specializzata agraria presso il medesimo tribunale costituisce una questione di competenza e non di mera ripartizione degli affari all'interno di un unico ufficio giudiziario. In senso conforme v., tra le tante, Cass., 26 luglio 2010, n. 17502, *Giust. civ. Mass.*, 2010, 9, p. 1153.

^[24] Sul tema rileva poi il già citato disegno di legge delega A.C. 2593 che prevedeva la soppressione del Tribunale dei minorenni e della Procura della Repubblica istituita presso il Tribunale per i minorenni, le cui competenze avrebbero dovuto essere trasferite a sezioni specializzate per la persona, la famiglia e i minori di Tribunali e Corti d'Appello. Nello specifico, il disegno di legge, che come già si è detto, prevedeva l'istituzione del «tribunale della famiglia e della persona», costituito da sezioni circondariali e distrettuali specializzate per la persona, la famiglia e i minori, presso i Tribunali e le Corti d'Appello, con la contestuale soppressione del Tribunale per i minorenni. Alle sezioni specializzate circondariali, che avrebbero dovuto essere istituite presso il Tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'Appello, avrebbero dovuto essere attribuite le controversie attualmente di competenza del Tribunale Ordinario in materia di stato e capacità delle persone, separazioni e divorzi, rapporti di famiglia e minori, i procedimenti civili attualmente di competenza del tribunale per i minorenni e i procedimenti attribuiti oggi al giudice tutelare in materia di minori ed incapaci. Sul tema della giustizia minorile cfr. Spina, *Dopo i passi in avanti compiuti in questa legislatura serve l'istituzione del tribunale unico per la famiglia*, in *Guida al dir.*, 2013, 9 ss.; F. Danovi, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario: il tribunale unico della famiglia*, in *Dir. fam.*, 2011, 257 ss.; E. Quadri, *Il giudice nelle relazioni familiari: ruolo e caratteristiche*, in *Fam. e pers.*, 2009, 952 ss.; recentemente F. Tommaseo, *Riparto di competenze fra tribunale minorile e tribunali ordinari*, in *Fam. dir.*, 2018, 7811 ss. ove sottolinea come il disegno di legge, decaduto per la fine della legislatura, avesse il merito di avere tentato porre l'amministrazione della giustizia in materia familiare e minorile «sotto il segno della specializzazione».

^[25] In argomento cfr. Giussani, *L'attribuzione delle controversie industrialistiche alle sezioni per l'impresa*, cit., p. 3; Ciccone, *Sezioni specializzate e sezioni ordinarie: questione di competenza o ripartizione interna?*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 229; Tavassi, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Corr. Giur.*, 8 – 9, p. 1118.

^[26] Su questo tema cfr. P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, cit., 134, il quale affronta anche il tema della rilevanza dell'eccezione di incompetenza, e Giussani, *Questioni di competenza in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in Giussani, *Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa*, Torino, 2007, 20.

e sezioni ordinarie quale riparto interno del medesimo ufficio^[27]. La tesi da ultimo citata – che ha trovato consensi anche nella giurisprudenza di merito – se da un lato ritiene irrilevante gli argomenti letterali, dall'altro lato pare più aderente alla realtà delle sezioni specializzate che non solo sono prive di qualsiasi autonomia organizzativa, ma sono composte da magistrati ai quali è comunque normalmente attribuita una competenza mista.

A parere di chi scrive rileva poi, a favore della posizione da ultimo ricordata, anche la circostanza che, per tal via, pare più facilmente risolvibile il tema delle cause connesse rispet-

to a quelle di competenza delle sezioni specializzate posto che l'art. 3, c. 3 del d.lgs. n. 168/2003 dispone che «Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2», senza null'altro specificare^[28].

La parola spetta ora prima al Primo Presidente e poi, auspicabilmente, alle Sezioni Unite; all'interprete non resta che attendere augurandosi che la soluzione che verrà adottata sia in grado di illuminare anche in merito alla portata della *vis attractiva* delle sezioni specializzate ed alla identificazione dei reali limiti della competenza attribuita alle stesse.

[27] Cass., 24 luglio 2015, n. 15619, in *DeJure*, secondo cui «la ripartizione delle controversie tra sezione specializzata per le imprese e sezioni ordinarie del Tribunale in materia è una questione di competenza e, quindi, la relativa decisione può essere oggetto di regolamento di competenza»; Cass., 25 settembre 2009, n. 20690, in *Il dir. ind.*, 2010, 50, con nota di Casaburi. In senso conforme Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, in *Il dir. ind.*, 2011, p. 229. In dottrina, propende per la tesi della definizione del rapporto tra tribunale ordinario e sezioni specializzate in termini di competenza Balena, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 339, il quale parla di questione di competenza per materia, come tale rilevabile d'ufficio non oltre la prima udienza. Sul tema cfr. L.C. Ubertazzi, *La competenza delle sezioni IP in materia contrattuale*, in *AIDA* 2011, p. 1392; Id., *Ancora sulla competenza delle sezioni IP*, in *IDI* 2011, 5, p. 231; Id., *La competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale in Italia*, in *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, 2005, pp. 971 ss.; Id., *Ancora sulla competenza per materia delle sezioni IP*, in *AIDA*, 2005, pp. 281 ss.; Cerretto, *Marchi e brevetti. Sezioni specializzate condizionate all'incognita sedi*, in *GADI*, 2003, 10, p. 112; I. M.Prado, *Sezione specializzata e assegnazione della causa*, in *Dir.ind.*, 2006, p. 585; A.Graziosi, *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2014, p. 95.

[28] Cass., 23 maggio 2014, n. 11448, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., ord., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, 1, I, p. 95. In senso conforme si è orientata la giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 20 gennaio 2014, in *AIDA*, 2015, con nota di Bossi; Trib. Bologna 22 giugno 2010; Trib. Milano, 13 aprile 2010; Trib. Milano, 1 giugno 2009, tutte editate in *Il dir. ind.*, 2011, p. 229; Trib. Torino, 24 aprile 2008, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1285; Trib. Milano, 13 giugno 2006, in *Il dir. ind.*, 2006, 582, con nota di Prado; e la dottrina maggioritaria: Giussani, *Le sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale e l'art. 25 Cost.*, in Fazalari (a cura di), *Diritto processuale civile e corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 10; Id., *Questioni di competenza in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in Giussani, *Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa*, cit., pp. 19 ss.; Casaburi, *Il giudice della proprietà industriale (ed intellettuale). Sezioni specializzate: competenza e rito dal d.lgs. n. 168 del 2003 al Codice*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, I, p. 201; Scotti, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 2613; Scuffi, *La competenza per materia e per territorio delle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale*, in *Il dir. ind.*, 2006, p. 78.

ABF

Il valore “binding” delle decisioni ABF

di Ermelinda Hepaj

del 5 marzo 2019

Sommario

1. La sentenza del Tribunale di Bologna n. 21077 del 19 dicembre 2018
2. Lo sviluppo dell'Arbitro per la risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie
3. La decisione dell'ABF e il principio dello stare decisis
4. Alcuni spunti di riflessione

1. La sentenza del Tribunale di Bologna n. 21077 del 19 dicembre 2018

Con sentenza [n. 21077 del 19 dicembre 2018](#) il Tribunale di Bologna ha posto una pietra miliare in materia di “depositi dormienti” come disciplinati dall’[art. 1, comma 343, della legge 23 dicembre 2005, n. 266](#)^[1].

Nel caso *de quo*, la sig.ra P.F. con atto di citazione del 18.02.2018 ricorreva al Tribunale di Bologna affermando di aver acquistato nel marzo 2005 n. 3.906,657 quote appartenenti al fondo “dividendi” di una SGR. Le medesime quote erano state poi collocate all’interno di un dossier collegato al conto corrente aperto presso la Banca convenuta.

La ricorrente, solo nel mese di ottobre 2017, prendeva atto che l’intermediario convenuto, avendo classificato come “dormiente” il conto in parola ne aveva devoluto il “contenuto” al Fondo di cui all’[art. 1, comma 343, l. n. 266/2005](#),

senza fornire alcuna informazione in tal senso. La sig.ra P.F. chiedeva pertanto, al Tribunale adito, di accertare che detta devoluzione di quote era avvenuta in violazione delle vigenti norme di legge e regolamento^[2].

Nel costituirsi la Banca convenuta rilevava la propria carenza di legittimazione passiva, in quanto l’operazione oggetto di contestazione era stata perfezionata con la SGR, che seppur appartenete al medesimo gruppo della banca convenuta, era tuttavia rappresentata da un soggetto autonomo e distinto rispetto alla prima.

Il Tribunale felsineo, come si legge in motivazione, ha statuito quanto segue: “*risulta dalla documentazione in atti che è la SGR ad avere in gestione le quote del fondo di cui la ricorrente è titolare, mentre l’odierna convenuta ha svolto attività di mero collocamento delle quote del fondo in riferimento al quale l’intermediario emittente è da individuare in*

[1] Il legislatore non chiarisce quale significato debba essere attribuito all’espressione “ragioni di connessione”; si tratta dunque di determinare se debbano considerarsi avvinse dalla *vis attractiva* delle sezioni specializzate impresa tutte le cause in qualche modo connesse a quelle di cui ai primi due commi, o se sia invece necessario operare un distinguo fra connessione forte e debole, oggettiva e soggettiva, propria e impropria. A favore di un’interpretazione estensiva e dunque idonea a ricomprendere tutti i tipi di connessione cfr. F. Santagada, *La competenza per connessione delle sezioni specializzate per l’impresa e i rapporti con le “sezioni ordinarie”*, cit., par. 1; A. Giussani, *L’attribuzione delle controversie industrialistiche alle sezioni per l’impresa*, cit., 4; P. Celentano, *Le sezioni specializzate in materia d’impresa*, cit., p. 823; C. Ghidini, *Il tribunale delle imprese tra «ragioni di connessione»*, in *ildirittodegliaffari.it*, 22 gennaio 2016. Nutre qualche dubbio in merito a questa interpretazione A. Motto, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, in *www.judicium.it*. In questo senso in giurisprudenza cfr. Cass. 24917/14, secondo la quale «in una lettura costituzionalmente orientata della nuova disciplina normativa, deve ritenersi che la nuova norma abbia introdotto ipotesi speciali di modificazione della competenza per ragioni di connessione, determinando un’attrazione a favore delle sezioni specializzate anche di cause che, se non fossero connesse a quelle di loro competenza, non sarebbero a loro attribuite...». Si esprime, invece, a favore di una lettera ed interpretazione restrittiva, secondo la quale dovrebbero escludersi le ipotesi di connessione soggettiva e quelle di connessione oggettiva impropria A. Graziosi, *Dall’arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 98.

[2] Il [comma 343 di cui all’art. 1 della legge n. 266/2005](#), prevede infatti che “*Per indennizzare i risparmiatori che, investendo sul mercato finanziario, sono rimasti vittime di frodi finanziarie e che hanno sofferto un danno ingiusto non altrimenti risarcito, è costituito, a decorrere dall’anno 2006, un apposito fondo nello stato di previsione del Ministero dell’economia e delle finanze. Il fondo è alimentato con le risorse di cui al comma 345, previo loro versamento al bilancio dello Stato*”.

altro e diverso soggetto (vedasi decisione Arbitro Bancario e Finanziario n. 1143/14)”:

I fatti in causa di cui al presente commento, che hanno visto rigettate le istanze della sig.ra P.F., si ritiene che possano non rimanere isolati nel nostro panorama giuridico.

Infatti nella categoria dei ‘depositi o conti dormienti’ rientrano non solo depositi di denaro, libretti di risparmio (bancari e postali), conti correnti bancari e postali, ma anche azioni, obbligazioni, certificati di deposito e fondi d’investimento nonché assegni circolari non riscossi entro il termine di prescrizione.

Per anni i soldi non riscattati dai titolari dei conti o dagli eredi restavano alle banche, alimentando un vero e proprio tesoretto segreto. Dal 2007 (in base a quanto previsto dalla Legge Finanziaria 2006) le somme che costituiscono i conti dormienti confluiscono in un fondo istituito dal Ministero dell’Economia e delle Finanze per il risarcimento delle vittime dei crack finanziari (Cirio, bond argentini, ecc.). Nel 2010 la titolarità delle somme predette è invece passata alla CONSAP[3], Società interamente partecipata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, che si occupa di gestire le domande di rimborso e offre assistenza ai titolari dei fondi dormienti o agli eredi in caso di depositi lasciati inattivi per almeno dieci anni[4].

Il termine di prescrizione del diritto ad ottenere la restituzione delle somme devolute al fondo gestito dalla CONSAP, non è tuttavia illimitato. Esso matura una volta decorsi 10 anni da quando le somme, precedentemente non movimentate per altri 10 anni[5], sono state trasferite al Fondo stesso, fatta eccezione per gli assegni circolari che hanno termini diversi di prescrizione[6].

Nel caso degli assegni circolari, di cui all’[art. 84, secondo comma, R.D. n. 1736/1933](#), infatti, l’azione dei beneficiari contro la banca emittente si prescrive nel termine di tre anni dall’emissione dell’assegno stesso. Lo spirare di detto termine

costituisce il *dies a quo* da cui decorre la prescrizione decennale del diritto del richiedente l’emissione dell’assegno circolare non riscosso alla restituzione del relativo importo[7].

Il MEF, di recente, con comunicato stampa n. 127 del 7 agosto 2018, ha ricordato che dal novembre 2018 “inizieranno a scadere i termini per l’esigibilità delle somme relative ai primi ‘conti dormienti’ affluiti al Fondo Rapporto Dormienti nel novembre 2008”. Scaduto dunque il termine per ottenere la restituzione delle prime somme affluite al fondo, i consumatori nulla potranno più fare per riavere i loro denari i quali andranno così ad incrementare il tesoretto del Ministero in definitiva.

Ebbene la pronuncia del Tribunale felsineo è rilevante, ai fini che qui interessano, non tanto per la soluzione alla questione giuridica sottostante al “caso” dei rapporti dormienti, ovvero sulle ragioni poste alla base “della devoluzione al Fondo Consap, quanto piuttosto per il percorso argomentativo seguito dal giudice di prime cure.

Il tribunale di Bologna non ha avuto esitazione nel richiamarsi espressamente alle decisioni dei Collegi dell’Arbitro Bancario Finanziario sul tema, forse perché aventi un *expertise* maggiore sul tema, riportando in motivazione quanto segue: “vedasi decisione arbitro Bancario e Finanziario n. 1143/14”.

La decisione cui il Tribunale si è riferito è stata presa dal Collegio giudicante di Milano.

Il Collegio milanese ha affermato il principio secondo cui la gestione delle quote di un fondo di cui il ricorrente – consumatore è titolare deve essere posta in capo alla SGR che gestisce il fondo, di contro, la banca convenuta, presso la quale è stato aperto il conto corrente seppur collegato al fondo medesimo, ha la sola funzione di collocatrice delle quote e pertanto non è configurabile in capo alla stessa alcun tipo di responsabilità[8].

Afferma infatti il giudice di prime cure che è la SGR e non “l’

[3] Specificatamente, sosteneva la mancanza di valida comunicazione alla stessa come disposto ai sensi dell’art. 3 del Regolamento di attuazione dell’[art. 1, comma 345, della legge 23 dicembre 2005 n. 266](#) in materia di depositi dormienti.

[4] La Consap, come riportato dal proprio statuto, disponibile sul sito www.consap.it, altro non è se non una società avente “per oggetto prevalente, nella misura superiore all’ottanta per cento del fatturato, l’esercizio in regime di concessione di servizi assicurativi pubblici ivi compresi quelli indicati al comma 2 del presente articolo, nonché l’espletamento di altre attività e funzioni di interesse pubblico affidate da Amministrazioni dello Stato – in quanto organismo di diritto pubblico/ amministrazione aggiudicatrice – sulla base di disposizioni di legge, concessioni e convenzioni.”

[5] Vedi *supra* nota numero (1).

[6] Difatti l’[art. 2946 del codice civile](#) prevede che «salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni”. Pertanto se non è previsto un termine più breve o più lungo, come in questo caso, si applicherà quello decennale.

[7] I criteri per individuare, nell’ambito del sistema finanziario, i conti definibili come dormienti sono stati dettati dal [DPR 22 giugno 2007 n. 116, il quale all’art. 1, comma 1](#) lett. b) include nella categoria i rapporti contrattuali in relazione ai quali non sia stata effettuata alcuna operazione o movimentazione ad iniziativa del titolare del rapporto o di terzi da questo delegati, escluso l’intermediario non specificatamente delegato in forma scritta, per il periodo di tempo di 10 anni decorrenti dalla data di loro libera disponibilità.

[8] In questo senso cfr. Cass., sez. I, sent. [n. 5889 del 10.03.2018](#).

a banca depositaria (convenuta), a redigere ai sensi del DM 116/07 la lista contenete le quote dei rapporti dormienti da devolvere al fondo istituito presso il ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'[art. 1, comma 345, L.266/2005](#)". Quella dei fondi dormienti è senz'altro una questione molto dibattuta, per non dire controversa.

Come risulta *per tabulas* per la ricorrente erano trascorsi più di dieci anni senza che alcuna movimentazione venisse operata dalla medesima sulla gestione delle proprie quote, e ciò aveva fatto scattare l'obbligo in capo alla SGR di devolvere le somme di cui è contestazione al fondo Consap.

Sulle orme delle decisioni dei Collegi ABF, tutte uniformi nel negare la legittimazione passiva a stare in giudizio dell'intermediario – banca, si è pronunciato dunque anche il Tribunale di Bologna, il quale ha negato qualsiasi tipo di responsabilità in capo alla convenuta, la quale a giudizio del Tribunale si è limitata a svolgere una mera funzione collocatrice.

Ad ogni modo al fine di tutelare i risparmiatori che risultano titolari di depositi che abbiano maturato i requisiti per essere considerati "dormienti" l'[art. 3 del DPR n. 116/2007](#), prevede che al verificarsi delle condizioni di dormienza, l'intermediario invii al titolare del rapporto, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento indirizzata all'ultimo indirizzo comunicato o comunque conosciuto, o a terzi da lui eventualmente delegati, l'invito ad impartire disposizioni entro il termine di 180 giorni dalla data della ricezione, avvisandolo che, decorso tale termine, il rapporto verrà estinto e le somme ed i valori relativi a ciascun rapporto verranno devoluti al Fondo. Nel caso di specie la ricorrente aveva ricevuto la comunicazione, trascorsi i 180 giorni senza alcun tipo di movimentazione, le sue quote erano state devolute al fondo.

2. Lo sviluppo dell'Arbitro Bancario e Finanziario

La sentenza del Tribunale di Bologna sopra citata, ci dà l'occasione per tratteggiare l'istituto dell'Arbitro Bancario e Finanziario.

Sempre più spesso, infatti, le controversie tra banche e intermediari finanziari (da ora in avanti indicati come intermediari) e i loro clienti vengono definite dall'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), il sistema di risoluzione alternativo delle controversie presso Banca d'Italia, istituito con l'[art. 29 della legge n. 262/2005](#) (che ha introdotto l'[art. 128-bis del d.lgs. 385/1993](#)).

Stando all'ultima Relazione di Banca d'Italia sull'attività dell'ABF[9], nel 2017 i ricorsi sono aumentati del 42%, arrivando a quota 30.644. La crescita vertiginosa dei ricorsi è dovuta in parte all'apertura, sul finire del 2016, dei nuovi collegi di Bari, Bologna, Palermo e Torino, che si sono aggiunti a quelli di Milano, Napoli e Roma.

L'Arbitro Bancario e Finanziario nasce come sistema volto a fornire una risposta alle crescenti richieste di giustizia provenienti dai clienti che, nella maggior parte dei casi consumatori, pur avendo subito un pregiudizio per un comportamento irregolare o illegittimo degli intermediari, scoraggiati dai costi e dai tempi della tutela giurisdizionale, evitano di affrontare il giudizio civile e finiscono, spesso, per rimanere privi di tutela. Non si può negare che l'istituto dell'Arbitro Bancario e Finanziario, come si avrà modo di constatare nel prosieguo, incentivi il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti tra gli intermediari e i clienti e induca questi ultimi a preferire la via della composizione stragiudiziale della controversia, certamente meno onerosa e più celere rispetto alla via giudiziale ordinaria.

Entrando nello specifico, la delibera del CICR [n. 275 del 29 luglio 2008](#) ha stabilito i criteri per lo svolgimento delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie e ha affidato alla Banca d'Italia il compito di curarne l'organizzazione e il funzionamento.

In particolare, il cliente può presentare gratuitamente (salvo un contributo di 20 euro per le spese della procedura) ricorso all'ABF successivamente alla presentazione di formale reclamo all'intermediario al quale questi o non abbia risposto entro 30 giorni o abbia dato una risposta ritenuta non soddisfacente dal cliente.

Una volta presentato il ricorso all'ABF, l'intermediario ha 30 giorni per presentare eventualmente le proprie controdeduzioni. Scaduto il suddetto termine o dal momento della presentazione delle controdeduzioni, il Collegio, entro 60 giorni, si pronuncia sul ricorso con decisione motivata comunicata alle parti.

Certo è che un ruolo di particolare pregio viene svolto dalle varie segreterie tecniche che affiancano i diversi collegi. Le segreterie, infatti, curano la fase "istruttoria" del procedimento ABF, procedimento prettamente documentale, il quale vive delle sole allegazioni prodotte dalle parti.

È bene evidenziare, però, che l'istituto dell'ABF non ha nul-

[9] L'[art.1768 c.c.](#) così recita "Il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia". In questo senso anche Cass. civ. [n. 1510/2007](#) "Poiché l'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna, risponde di inadempimento all'obbligazione di adeguata custodia". Questo vincolo di custodia in capo alla banca convenuta pare non essere stato considerato dal Tribunale di Bologna, il quale si è limitato a dichiarare la carenza di legittimazione passiva in capo alla Banca.

la a che vedere con la conciliazione o la mediazione^[10], in quanto il Collegio “decide” sulla controversia, mentre il conciliatore o il mediatore hanno il ruolo principale di permettere alle parti di giungere a un accordo.

Il Collegio è un terzo, imparziale e precostituito; proprio come il Giudice Ordinario. Tuttavia, è altrettanto certo che il giudizio davanti all'ABF non ha i caratteri di una cognizione processuale assimilabile a quella del giudice ordinario: la decisione emessa dall'ABF difetta, infatti, del requisito della vincolatività formale. Va da sé, però, che essendo le decisioni ABF anche uno “strumento” a disposizione di Banca d'Italia per l'attività di vigilanza bancaria, la sanzione per l'intermediario decisa dal Collegio ha un importante carattere reputazionale. Ed è proprio questo carattere reputazionale che permette alle decisioni di avere una sorta di vincolatività di fatto; infatti, non sarebbe aderente alla realtà sostanziale dei fatti ritenere non vincolante la decisione dell'ABF perché priva di efficacia esecutiva ai sensi di legge^[11]. È certo che l'adempimento dell'intermediario alla decisione assunta dal Collegio sia – di fatto – tutt'altro che spontaneo, posto che “gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza”.

In altri termini l'apparato di sanzioni a cui si espone l'intermediario è quindi tale da garantire la vincolatività della decisione ed il suo adempimento da parte dell'intermediario.

3. La decisione dell'ABF e il principio dello stare decisis

Come si è fatto cenno nel precedente paragrafo, la decisione dell'ABF^[12] sul ricorso del consumatore è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le disposizioni di legge^[13] e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca.

Uno dei vantaggi della procedura ABF è certamente dato dalla rapidità che deve caratterizzare il procedimento, oltre che dalla economicità.

Analizzando le decisioni dell'ABF, non si può non rilevare che il lavoro svolto dai Collegi, da Milano a Palermo passando per

Roma e Bologna, è sempre più improntato al principio del precedente vincolante – il c.d. *stare decisis* –, il quale trova le sue radici storiche nei sistemi giuridici di *common law*^[14], ove è profondamente radicato, e si sostanzia, com'è noto, nel fatto che le decisioni giurisprudenziali su un determinato punto di diritto hanno, generalmente, carattere vincolante per i giudici che si trovino, successivamente, investiti della medesima questione. Tale obbligatorietà dei precedenti non trova il suo fondamento nella legge, ma ha matrice consuetudinaria, derivando dal consolidamento della loro influenza di fatto, e risulta strettamente legata alle raccolte di decisioni giurisprudenziali di volta in volta prese dai Collegi giudicanti. Un esempio per tutti, dell'operato delle decisioni dei Collegi ABF, è dato da quanto riportato nella decisione [n. 5775/2017](#) del collegio di Roma “*A tale riguardo, nell'esercizio del proprio potere di fornire indicazioni per migliorare i rapporti fra intermediario e clientela, il Collegio ritiene corretto invitare l'intermediario a una maggiore attenzione e a una condotta più aderente alle previsioni normative, allo scopo di consentire agli utenti il tempestivo esercizio dei diritti lasciati impregiudicati dal trasferimento delle somme relative ai rapporti c.d. dormienti al fondo gestito dalla CONSAP (cfr. Collegio di Milano, decisione [n. 1752/2014](#)). Ciò posto – pur non sussistendo alcun dubbio in ordine all'inadempimento dell'intermediario – non si può fare a meno di evidenziare che parte ricorrente ha domandato a questo Collegio di voler disporre la restituzione delle somme depositate. La evidente limitazione del petitum alla restituzione degli importi, impedisce al Collegio di far entrare officiosamente nel procedimento interessi non espressamente evidenziati dalle parti (cfr. Collegio di Roma, decisione [n. 7678/15](#)). Al riguardo, nel solco dell'orientamento già consolidatosi presso questo Arbitro (cfr. Collegio Milano, decisione [n. 1175/2014](#)), questo Collegio rileva che la richiesta di restituzione deve essere inoltrata nei confronti di CONSAP S.p.A., cui è stata affidata (ex [art. 1, comma 343, della legge n. 266/2005](#), a decorrere dal 14 giugno 2011) la gestione delle domande di rimborso di somme affluite al predetto Fondo (cfr. Collegio Napoli, decisione [30.06.2016, n. 6047](#)). Pertanto, il ricorso non può trovare accoglimento,*

[10] Vedi Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario per l'anno 2017, disponibile integralmente sul sito: www.arbitrobancariofinanziario.it.

[11] Con il recente [D.L. n. 132/2014](#) si è cercato di affrontare, forse in modo non troppo convincente agli addetti ai lavori, il “problema giustizia” ossia l'arretrato dei contenziosi prettamente civili dando maggiore lustro ai sistemi ADR.

[12] A tal proposito vedasi le disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, da ultimo aggiornate nel novembre 2016.

[13] Circa il tema della risoluzione delle controversie tra consumatori e intermediari finanziari un ruolo preponderante è stato giocato dalla normativa europea. Tra le altre si segnalano l'incidenza della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (c.d. direttiva sull'ADR per i consumatori) nonché il [regolamento UE n. 524/2013](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori.

[14] Sul piano vedasi sez. VI, art. 3 comma 1 delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari.

poiché manca in capo all'intermediario convenuto la necessaria legittimazione passiva, essendo CONSAP S.p.A. il soggetto cui rivolgere domande restitutorie, come quella odiernamente sottoposta all'attenzione di questo Collegio”.

Non ci si discosta quindi dai precedenti, anzi si fa tesoro di quest'ultimi, i quali costituiscono in maniera inequivocabile una forza **binding** per le pronunce successive dei diversi Collegi ed anche dei giudici ordinari, che con l'*escamotage* della motivazione *per relationem* mostrano di aver fatto tesoro di questi insegnamenti, i quali, a parere di chi scrive, potrebbero rientrare nel novero del generale riferimento ai “precedenti conformi” di cui all'[art. 118 delle disp. att. c.p.c.](#)[15]. È infatti prassi ormai consolidata quella dei nostri Tribunali di motivare le sentenze aventi ad oggetto materia bancaria facendo espresso rinvio ai precedenti dell'Arbitro Bancario e Finanziario[16]. Si tratta della c.d. motivazione *per relationem*, ovvero della possibilità che ha il giudice di motivare una sentenza utilizzando la motivazione di un'altra sentenza. A tal proposito si veda anche Cass. [6 settembre 2016 n. 17640](#): “La sentenza di merito può essere motivata mediante rinvio ad altro precedente dello stesso ufficio, in quanto il riferimento ai precedenti conformi contenuto nell'[art. 118 disp. att. c.p.c.](#) non deve intendersi limitato ai precedenti di legittimità, ma si estende anche a quelli di merito, ricercandosi per tale via il beneficio di schemi decisionali già compiuti per casi identici o per la risoluzione di identiche questioni, nell'ambito di un più ampio disegno di riduzione dei tempi del processo civile”.

4. Alcuni spunti di riflessione

Quello che si è cercato di rappresentare in queste brevi note è l'evolversi e lo sviluppo del ruolo dell'ABF, dapprima come strumento ADR a disposizione dei consumatori nelle controversie con gli intermediari finanziari e successivamente come motivo di stimolo delle corti ordinarie, di cui la recen-

te sentenza del Tribunale di Bologna richiamata nel presente contributo è solo uno dei tanti esempi al riguardo.

Invero, sebbene le decisioni dell'ABF non siano legalmente vincolanti per le parti processuali[17], l'autorevolezza dell'Arbitro nonché l'uniformità delle decisioni dello stesso ha fatto sì che giorno dopo giorno le medesime non rimanessero isolate all'interno dei soli collegi arbitrali, ma che per l'appunto, come si evince dalla sentenza in commento, fossero considerate alla stregua di precedenti conformi persino dai giudici ordinari in sede di motivazione.

Ora, questa tendenza allo *stare decisis* delle decisioni dei vari Collegi ABF trova conferma nel ruolo del Collegio di Coordinamento, in attività dal 2012, il quale persegue una funzione «in senso lato» nomofilattica[18], occupandosi di questioni di particolare importanza o che hanno dato o possano dar luogo a orientamenti non uniformi tra i vari Collegi ABF[19].

Il Collegio di Coordinamento fornisce indirizzi interpretativi “uniformi” per mantenere, nei limiti del possibile, l'unità degli indirizzi dei Collegi, attraverso una sostanziale uniformità dei precedenti. Tale ruolo, normativamente attribuito alla Corte di cassazione in via esclusiva[20] si può dire sia stato ad oggi trasposto anche nei sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, che sempre più si fanno promotori del funzionamento dell'ingranaggio giustizia accrescendone a livello organizzativo efficienza e produttività.

Proprio in quest'ottica si rimane in attesa di vedere quelle che saranno le ricadute della consultazione pubblica[21] circa la proposta di modifica della Delibera CICR [n. 275 del 29 luglio 2008](#) nonché delle disposizioni della Banca d'Italia sul funzionamento dell'arbitro bancario e finanziario, le quali prevedono, tra le altre, una istituzionalizzazione della Conferenza dei Collegi quale “*sede di raccordo informativo*” che sembra far presagire un ulteriore passo verso la tendenza “all'uniformità” delle decisioni assunte dai Collegi.

[15] Per maggiori approfondimenti si veda F. Galgano, *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, 2011.

[16] L'[art. 118 disp. att. c.p.c.](#), dedicato alla motivazione della sentenza, ha avuto una modificazione con la riforma della [legge 69/2009](#), e dal 4 luglio 2009 il primo comma di quella disposizione prevede che i giudici possano motivare “anche con riferimento a precedenti conformi”.

[17] Cfr., *ex multis*, Trib. Bologna sent. del 19.05.2017 n. 881; Trib. Sassari sent. del 19.06.2017, n. 852; Trib. Savona sent. del 02.05.2017, n. 517.

[18] Infatti, come espressamente disposto dall'[art. 6](#), commi 7 e 8 della delibera CICR [n. 275 del 29 luglio 2008](#) intermediario e consumatore hanno sempre la facoltà di ricorrere al Giudice e l'ABF non ha il potere di costringere l'intermediario ad eseguire la decisione ma, nel caso in cui l'intermediario non dovesse adempiere, si darà luogo all'applicazione di una sanzione reputazionale consistente nella pubblicazione su più strumenti di comunicazione della notizia del mancato adempimento. Per approfondimenti legati alla vincolatività delle decisioni arbitrali nei confronti degli intermediari nonché del sistema sanzionatorio e di vigilanza messo in piedi dalla banca d'Italia cfr. G. Finocchiaro, *L'Arbitro Bancario Finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Giuffrè 2012, 355 e ss.

[19] Così si esprime Collegio ABF di Napoli con il provvedimento del 6 luglio 2010, commentata su [www.judicium.it](#) da M. Maione in “*Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro bancario Finanziario*”.

[20] Cfr. art. 8 del Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF.

[21] Si veda infatti quanto disposto dal [art. 65](#) della legge sull'ordinamento giudiziario ([R.D. 30 gennaio 1941 n. 12](#)), il quale riconduce in capo alla Corte di Cassazione il compito di “*garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale*” che

ESECUZIONI IMMOBILIARI

Nullità formali o sostanziali del procedimento esecutivo immobiliare: preminenza della tutela dell'aggiudicatario, anche provvisorio, e stabilità processuale della vendita forzata

di Maria Rosaria Manselli

del 6 marzo 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Il sistema normativo
3. Coordinamento del sistema delle opposizioni con l'art. 2929 c.c.: l'esigenza della stabilità della vendita forzata rispetto all'interesse alla legalità formale e sostanziale del procedimento – orientamenti dottrinali
4. Casistica giurisprudenziale: preminenza della tutela del terzo e della stabilità della vendita
5. Conclusioni

1. Introduzione

La vendita forzata, in virtù della sua natura e del suo inserimento “in un procedimento giurisdizionale che coinvolge un terzo a questo estraneo”, si caratterizza per un regime di stabilità maggiore rispetto a quello previsto per la comune vendita negoziale. Nel processo espropriativo non è solo necessario contemperare le contrapposte esigenze di creditore e debitore, interessati l'uno a conseguire la realizzazione del proprio credito e l'altro ad ottenere il massimo ricavato dall'alienazione del compendio pignorato, ma è imprescindibile soprattutto salvaguardare gli interessi dei terzi aggiudicatari che abbiano acquistato il bene espropriato, non prendendo parte agli atti anteriori alla vendita. Essa, quindi, si differenzia dal contratto di compravendita, in cui esiste un onere della parte acquirente di verificare, secondo l'ordinaria diligenza, la congruità dell'affare, l'identificazione del bene, il suo reale valore, per poter consapevolmente scegliere se concludere il contratto o meno. Qui invece, il potenziale acquirente si affida all'ufficio giudiziario che sovrintende

alla vendita, ed ha ragione di attendersi che esso svolga tutti i controlli necessari per la validità del procedimento, non potendosi l'acquirente ritenere onerato di ripercorrere e controllare, in prima persona, l'attività svolta dall'ufficio per poter essere tutelato in caso che esistano delle nullità procedurali^[1]. Il presente contributo, quindi, prende le mosse da tali principi per affrontare, da un punto di vista dottrinale e giurisprudenziale, alcune incongruità cui si va incontro nel bilanciamento tra l'affidamento e la tutela del terzo e la salvaguardia della ritualità, nella forma e nella sostanza, del processo esecutivo.

2. Il sistema normativo

Il legislatore ha, come si diceva, certamente perseguito l'obiettivo di rafforzare la posizione del terzo, svincolando il suo atto di acquisto da quelle vicende del processo alle quali egli è estraneo, vicende che possono riguardare tanto l'an che il quomodo dell'esecuzione. Pertanto, con la previsione dell'[art. 187 bis disp. att. c.p.c.](#)^[2], rubricato significativamente “Intangibi-

^[1] Cfr. documento per la consultazione dicembre 2018 consultabile sul sito <http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2018/modif-disp-abf/index.html>

^[2] La Corte ha più volte avuto modo di sottolineare la non assimilabilità della vendita forzata alla vendita volontaria; per tutte, v. Cass. [n. 7659 del 2001](#) che evidenziava che la vendita forzata, attuando un trasferimento coattivo che prescinde dalla volontà del debitore proprietario del bene, non è equiparabile alla vendi-

lità nei confronti dei terzi degli effetti degli atti esecutivi compiuti”, si riconosce un meccanismo processuale di tutela per i terzi che intendono acquistare nell’ambito della vendita giudiziaria. Il legislatore del 2005, in particolare, con la previsione di tale norma, ha compiuto “un nuovo bilanciamento degli interessi, il quale tutela i terzi che sono venuti in contatto con la procedura esecutiva, conferendo loro posizioni giuridiche soggettive meritevoli di protezione”. Tutto ciò ha comportato significative ricadute di carattere pratico e sistematico, seppur in perfetta armonia con un sistema ispirato all’intangibilità della vendita forzata in una logica di protezione dell’aggiudicatario. D’altra parte l’[art. 2929 c.c.](#), che mira ad assicurare il massimo grado di certezza alla vicenda traslativa, e a tutelare la posizione del terzo aggiudicatario di buona fede “ponendolo al riparo dall’eventuale accertamento successivo di nullità” concernenti gli atti della procedura esecutiva, è in perfetta coerenza con tale meccanismo^[3]. Il nuovo [art. 187 bis disp. att. c.p.c.](#), fa esplicito riferimento, inoltre, alla fattispecie dell’aggiudicazione provvisoria che il codice di rito non aveva in precedenza conosciuto, ed a quella dell’assegnazione, statuendo come tali atti rimangano indifferenti finanche alla estinzione del processo esecutivo. Gli atti processuali compiuti, pertanto, mantengono la loro efficacia e l’aggiudicatario, così come l’assegnatario, non perde il diritto ad ottenere il trasferimento del bene: in questo caso, la somma ricavata dalla liquidazione del compendio pignorato è restituita al debitore esecutato. L’intento che ha animato la riforma del 2005, è stato quello di favorire la posizione dell’aggiudicatario al fine di incentivarne la partecipazione alla fase liquidativa dell’espropriazione forzata, migliorando di conseguenza le garanzie di riuscita satisfattiva dell’espropriazione stessa.

3. Coordinamento del sistema delle opposizioni con l’art. 2929 c.c.: l’esigenza della stabilità della vendita forzata rispetto all’interesse alla legalità formale e sostanziale del procedimento – orientamenti dottrinali

L’armonia che si produce analizzando la ratio sottesa all’[art. 2929 c.c.](#), e confermata dalla previsione procedurale di cui all’[art. 187 bis disp. att. c.p.c.](#), diventa, però, apparente nelle ipotesi pratiche di sussistenza, accertate, di nullità formali e sostanziali che intaccano il processo esecutivo.

Difatti, la norma di diritto sostanziale sembrerebbe produrre uno “sbarramento” esterno alla proponibilità delle opposizioni, che non potrebbero mai essere utilmente proposte se la vendita sia già intervenuta, producendo una ingiusta obliterazione dei diritti del debitore esecutato.

Occorre precisare, innanzitutto, che deve intendersi per “vendita” non già l’ordinanza di aggiudicazione, ma l’intero sub – procedimento che ha inizio con l’emissione dell’ordinanza di vendita. In tale ultimo momento processuale va correttamente collocato il termine di “sbarramento” previsto dalla citata normativa. È da notare che dottrina e giurisprudenza si sono a lungo divise circa l’applicabilità dell’[art. 2929 del codice civile](#) alle sole nullità per vizi «formali», denunziabili attraverso l’opposizione agli atti esecutivi, ovvero anche a quelle per vizi «sostanziali», che attengono – ad esempio – alla impignorabilità del bene od allo stesso diritto del creditore procedente ad agire esecutivamente nei confronti del debitore approdando a soluzioni talvolta antitetichie.

La previsione di stabilità della vendita forzata, contenuta nell’[art. 2929 c.c.](#), costituisce, secondo una diffusa opinione, una “preclusione”^[4] alla possibilità di far valere le irregolarità relative agli atti processuali una volta compiuta la vendita stessa. Tale concezione si è basata sulla valenza prettamente processuale attribuita alla disposizione in esame che comporta il richiamo alla nozione di immutabilità propria dei provvedimenti giurisdizionali cognitivi passati in giudicato. Dallo stesso tenore testuale dell’[art. 2929 c.c.](#) si può desumere, tuttavia, come l’intangibilità dell’atto traslativo operi, però, prevalentemente, a favore di colui che si sia reso acquirente. L’inammissibilità della concezione processuale della disposizione in esame ha indotto la dottrina a propendere per una lettura in chiave sostanziale dell’[art. 2929 c.c.](#), ponendo al centro della previsione di stabilità l’effetto acquisitivo e non il provvedimento di vendita. La regola di inopponibilità, sancita dall’[art. 2929 c.c.](#), è stata ricollegata, pertanto, da altro pensiero, ad un più ampio “principio di affidamento”^[5] dell’aggiudicatario: il legislatore, in tal modo, ha voluto attribuire preminente rilievo alla tutela del terzo acquirente facendola prevalere su ogni altra esigenza di protezione di posizioni giuridiche soggettive in potenziale conflitto. La disposizione in esame non derogherebbe, quindi, alla discipli-

ta volontaria, onde deve ritenersi il carattere eccezionale delle norme codicistiche che, per taluni aspetti, quanto alla disciplina, equiparano i due tipi di vendita.

^[3] Introdotto dall’[art. 2 comma 4 novies del decreto legge 14 marzo 2005, n.35](#), convertito, con modifiche, dalla [legge 14 maggio 2005, n. 80](#)

^[4] L’[art. 2929 c.c.](#) è stato ricostruito come una disposizione volta a dirimere «il conflitto di interessi» tra il debitore, che ha subito un danno patrimoniale in conseguenza del compimento di un atto esecutivo formalmente viziato, e l’aggiudicatario, risolvendolo sempre a favore di quest’ultimo, salvo il caso in cui l’anzidetto vizio formale sia il frutto della collusione tra l’acquirente ed il creditore procedente.

^[5] E. FAZZALARI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, cit., 85.

na processuale delle nullità formali: i soggetti della procedura espropriativa potranno esperire l'opposizione agli atti esecutivi, ma l'accertamento dei vizi inficianti gli atti processuali antecedenti la vendita non comporterà *tout court* il travolgimento dell'acquisto dell'aggiudicatario. In definitiva l'[art. 2929 c.c.](#) «non priva di effettività la garanzia di legittimità dell'espropriazione».

Il rimedio dell'opposizione agli atti potrà essere esperito e svolgersi nonostante l'effetto acquisitivo si sia già verificato in capo all'aggiudicatario, al fine di consentire all'opponente il recupero del ricavato della vendita. Da ultimo e come inciso di chiusura si evidenzia che, in sede di proposizione dell'opposizione ex [art. 617 c.p.c.](#) è possibile l'allegazione della collusione dell'acquirente con il creditore procedente per ottenere, nel caso in cui il rimedio venga accolto, anche la caducazione dell'acquisto dell'aggiudicatario.

La vischiosità di tali concezioni dottrinali, processualistica o di tutela dell'affidamento del terzo, la si rinviene, però, in tutta la sua contraddizione, nel caso in cui le nullità siano, invece, di carattere sostanziale e, quindi, tutelabili con il rimedio di cui all'[art. 615 c.p.c.](#)

Si ponga l'ipotesi in cui, «nella vigenza del regime di sospensione solo per gravi motivi» ai sensi dell'[art. 624, primo comma, c.p.c.](#), chiesta e denegata, il trasferimento coattivo si realizzi anteriormente alla conclusione del giudizio instaurato ex [art. 615 c.p.c.](#) con cui si contesta il «diritto della parte istante a procedere a esecuzione forzata» o la pignorabilità dei beni espropriati, il problema da risolvere della stabilità della vicenda traslativa a fronte di una esecuzione sostanzialmente ingiusta, diventa allarmante. Il titolo esecutivo rappresenta «la sostanza del diritto a procedere ad esecuzione forzata»^[6] e si identifica con la legittimazione del creditore avente diritto ad esercitare gli atti di impulso nei confronti degli organi esecutivi. Il titolo consente di realizzare una mediazione tra l'esigenza di «rendere esclusivamen-

te formale, e pertanto semplificata e rapida, l'attività degli organi»^[7] esecutivi e l'esigenza di circoscrivere l'esecuzione nei limiti di ciò che è sostanzialmente lecito. L'opposizione all'esecuzione^[8] ex [art. 615 c.p.c.](#) è finalizzata ad accertare l'insussistenza della legittimazione del creditore procedente all'aggressione esecutiva. Tale rimedio permette di dare riconoscimento alle esigenze di giustizia del debitore, mediante un processo cognitivo coordinato con quello di esecuzione, e consente di superare quelle «carenze strutturali»^[9] che impediscono all'esecutato di esercitare la sua difesa in sede esecutiva. Nel giudizio di opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#) non ha più ragion d'essere l'identificazione tra il titolo esecutivo e la legittimazione del creditore procedente ad ottenere tutela per il tramite degli organi a ciò deputati. Il giudice dell'esecuzione effettuerà, in sede cognitiva, un accertamento di merito in ordine alla qualità creditoria dell'istante. L'insussistenza del diritto di credito, accertata con l'opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#), priva l'esecuzione della «necessaria copertura di legittimità»^[10] e dimostra come la legittimazione ad agire del soggetto istante sia puramente apparente, svuotando in tal modo di contenuto il titolo esecutivo. L'accertamento negativo, ottenuto in sede cognitiva, rende illegittimi i risultati sostanziali eventualmente realizzatisi mediante il processo esecutivo. La pronuncia di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione finisce, pertanto, col travolgere gli atti processuali compiuti sia anteriormente alla proposizione del rimedio ex [art. 615 c.p.c.](#), sia quelli compiuti durante il corso del giudizio di opposizione qualora non sia stato disposto, ai sensi dell'[art. 624 c.p.c.](#), il provvedimento sospensivo. Sulla base del sistema così delineato, si è sostenuto che la vendita forzata sia destinata ad essere decaduta, qualora sia stata accertata, in sede di opposizione all'esecuzione, l'insussistenza del rapporto obbligatorio vantato dal creditore procedente nei confronti del soggetto sottoposto alla *vis* esecutiva^[11]. Tale interpretazione dottrinale assolutamente minoritaria de-

[6] A. BARLETTA, *ivi*, 260.

[7] A. BARLETTA, *ivi*, 257.

[8] Particolarmente dibattuta è stata la natura dell'opposizione all'esecuzione. Seconda un prima impostazione con l'opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#) si propone un'azione di mero accertamento negativo, finalizzata ad appurare la sussistenza o meno dei presupposti e delle condizioni per agire in *executivis*. Tale orientamento afferma come l'accertamento dell'inesistenza del credito comporti *tout court* l'eliminazione dell'azione esecutiva. Una diversa posizione sostiene, invece, che il rimedio in esame si configuri come un'azione costitutiva. Le due diverse opinioni affermatesi in dottrina divergono sia per quanto attiene al ruolo attribuito al titolo esecutivo nel processo di esecuzione, sia in ordine all'efficacia retroattiva o *ex nunc* dell'accoglimento dell'opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#) sugli atti del procedimento già realizzati. Entrambe le impostazioni dottrinali non forniscono, tuttavia, un'adequata soluzione alla problematica del coordinamento tra processo esecutivo ed opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#)

[9] A. BARLETTA, *op. cit.*, 263.

[10] A. BARLETTA, *ivi*, 264.

[11] *Ibidem*: l'Autore sostiene come l'accertamento della carenza del diritto di credito sia destinato a prevalere «dall'esterno sulla verifica formale e semplificata in ordine alla sussistenza e l'entità dei propri poteri, già effettuata da parte degli organi dell'esecuzione in relazione al compimento degli atti».

scrive l'[art. 2929 c.c.](#) come una disposizione non suscettibile di essere applicata analogicamente alle ipotesi di nullità sostanziali. Diversamente In tale fattispecie l'attribuzione di certezza all'acquisto del terzo implicherebbe la definitiva privazione *contra ius* del bene pignorato in pregiudizio del soggetto esecutato. Tale maggior sacrificio imposto al debitore illegittimamente espropriato rappresenterebbe, quindi, un argomento forte che non consentirebbe di estendere analogicamente l'[art. 2929 c.c.](#) alla fattispecie in esame. Questa consapevolezza ha indotto altra parte della dottrina a ricercare, quindi, il fondamento della stabilità dell'alienazione coattiva in quelle disposizioni che prevedono l'intangibilità della vendita, sostenendo in particolare l'applicabilità dell'[art. 2929 c.c.](#) Si è evidenziato che della norma sostanziale summenzionata non possa essere fornita un'interpretazione restrittiva, in quanto l'[art. 2929 c.c.](#) si riferisce genericamente alla categoria delle nullità, non effettuando alcuna distinzione tra le nullità formali che possono essere fatte valere con l'opposizione agli atti esecutivi ([art. 617 c.p.c.](#)) e le nullità sostanziali che danno luogo all'opposizione all'esecuzione ([art. 615 c.p.c.](#))^[12].

L'accertamento delle irregolarità formali è destinato a determinare conseguenze nei riguardi del creditore procedente in qualità di garante della legalità formale del processo. Qualora l'accertamento dell'invalidità sia effettuato nel momento in cui l'effetto acquisitivo sia stato già realizzato, la caducazione degli atti comporta in capo al creditore procedente la restituzione a favore del debitore della somma ricevuta, nonché il risarcimento dei danni. A. BARLETTA, *La stabilità della vendita forzata*, 2002, Napoli, 256.

4. Casistica giurisprudenziale: preminenza della tutela del terzo e della stabilità della vendita

L'orientamento, ormai monolitico, giurisprudenziale non declina, affatto, il concetto di nullità che intaccano il processo esecutivo, in formali e sostanziali, determinando, quindi, una risoluzione statica delle controversie sempre e comunque a favore della stabilità dell'effetto acquisitivo a favore del terzo.

La gestazione sulla reale portata normativa dell'[art. 2929 c.c.](#), ovvero l'interpretazione da dare all'ampiezza della tutela di cui gode l'aggiudicatario in caso di nullità del processo esecutivo e ai suoi limiti, è stata, però, delicata e contrastata. Secondo Cass. 13 novembre 2012 n. 19761 «*il terzo che vanta un diritto reale sul bene immobile oggetto di*

esecuzione forzata può non solo proporre l'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. durante il giudizio di esecuzione, ma può anche, dopo la vendita e l'aggiudicazione, rivendicare il bene nei confronti dell'aggiudicatario». Nello specifico la Suprema Corte ha stabilito che l'opposizione di terzo di cui all'[art. 619 cod. proc. civ.](#) è normalmente volta a sottrarre agli sviluppi dell'esecuzione, prima fra tutti la vendita, uno dei beni che ne sono oggetto, mediante un accertamento, tendenzialmente incidentale e non idoneo al giudizio, della sussistenza del diritto reale sul bene stesso, vantato dall'opponente, terzo estraneo alla procedura esecutiva (richiama anche [Cass. 15 dicembre 1980, n. 6497](#); [Cass. 25 maggio 1978, n. 2639](#)). L'opposizione medesima si converte in opposizione sul prezzo, se proposta dopo la vendita, ma pur sempre, a termini dell'[art. 620 cod. proc. civ.](#), finché vi sia un prezzo da distribuire, sia pure al momento della proposizione dell'opposizione (e non rilevando la successiva estinzione della procedura esecutiva: [Cass. 8 febbraio 2008, n. 3136](#)). Secondo la Suprema Corte, però, «*tale complessivo istituto si attaglia alla perfezione soltanto ai beni mobili – ove non pure, a tutto concedere, ai crediti – in considerazione della disciplina sulla loro circolazione e sulla piena validità di un loro acquisto mediante trasferimento del possesso in buona fede, anche alla stregua della previsione dell'art. 2920 cod. civ.; al contrario, ove i beni staggiti siano immobili ed il terzo vanti su di essi diritti reali, i conflitti tra costui ed i soggetti coinvolti nell'espropriazione non possono essere regolati che dal complessivo sistema generale di pubblicità previsto dall'art. 2643 cod. civ., e segg., a tal fine deputato istituzionalmente*». Pertanto, in caso di opposizione di terzo relativa a beni immobili: a) se proposta tempestivamente rispetto alla vendita, potrà, pienamente essere sussunta entro il paradigma dell'[art. 619 cod. proc. civ.](#), e segg., e conseguire anche gli effetti di sospendere e, successivamente e per il caso di accoglimento, di sottrarre definitivamente il bene alla procedura esecutiva; b) se proposta successivamente al tempo utile per impedire la vendita, altro scopo non potrebbe avere l'opponente che porre nel nulla gli atti di disposizione del bene immobiliare rivendicato e quindi in modo del tutto legittimo (conforme all'esigenza di tutelare proprio diritto) l'opponente medesimo potrà conseguire l'effetto – ben più ampio rispetto a quello di fare valere i suoi diritti sul prezzo ricavato, normalmente ultima ratio nella procedura mobiliare dopo la vendita o l'assegnazione – di rivendicare, nei confronti

^[12] A. BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*: artt. 2919 – 2929, *ivi*, 292: l'Autore sostiene come la distinzione tra nullità formali e sostanziali sia, sotto il profilo dell'applicazione dell'[art. 2929 c.c.](#), priva di una qualsiasi "giustificazione logica

proprio dei soggetti della procedura, il proprio diritto reale immobiliare, con vanificazione della disposizione del bene operata nel corso della procedura esecutiva; e potrà scegliere di farlo invocando un accertamento non meramente incidentale^[13]. Di contro con altro autorevole intervento, la Suprema Corte, precisamente con sentenza [n. 7991/2010](#), dispone che: l'[articolo 2929 c.c.](#) prevede che eventuali nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita o l'assegnazione non hanno effetto riguardo all'acquirente o all'assegnatario, salvo il caso di collusione con il creditore procedente (ed aggiunge che gli altri creditori non sono in ogni caso tenuti a restituire quanto, hanno percepito in virtù dell'esecuzione). Ciò comporta che il debitore debba attivarsi per far valere eventuali nullità procedurali precedenti alla vendita oltre che nel rispetto dei termini fissati dall'[art. 617 c.p.c.](#), in ogni caso prima che la vendita stessa abbia luogo, in quanto a vendita intervenuta, a salvaguardia della certezza dei rapporti e per incoraggiare il ricorso allo strumento della esecuzione forzata come mezzo di chiusura per consentire al creditore il recupero del suo credito, nel conflitto di interessi tra l'interesse del debitore alla regolarità della procedura o di un altro soggetto a che alla procedura non sia illegittimamente assoggettato un bene che in tutto o in parte non è dell'esecutato, e dall'altra parte, l'interesse dell'aggiudicatario alla stabilità del suo acquisto, e del creditore a portare definitivamente a termine l'operazione di recupero forzoso del credito, il legislatore ha ritenuto di far prevalere gli interessi dell'aggiudicatario e del

creditore. Il principio sotteso a questa scelta è quello, richiamato anche dalla corte d'appello, della tutela del terzo di buona fede, e della tutela dell'affidamento incolpevole, che si somma e converge in questo caso con la miglior tutela della garanzia patrimoniale del creditore e con la tutela della certezza dei rapporti giuridici. Questa norma quindi costituisce uno sbarramento esterno alla proponibilità delle opposizioni agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*, che non possono mai utilmente essere proposte se la vendita sia già intervenuta, ed anche rispetto alle altre opposizioni, nel senso che ove proposte quando la vendita sia già intervenuta non possono spiegare se accolte effetto recuperatorio del bene nel patrimonio dell'opponente^[14]. Da ultimo le Sezioni Unite con la sentenza [n. 21110 del 2012](#), dovendo, preliminarmente, stabilire se l'inesistenza del titolo esecutivo, accertata all'esito di un giudizio di opposizione all'esecuzione, travolgesse o meno l'acquisto dell'immobile pignorato compiuto dal terzo di buona fede nel corso della procedura espropriativa, ha affermato che, anche nel caso estremo che un bene sia stato venduto all'asta, pur in mancanza di un valido titolo esecutivo in capo al creditore, l'acquisto dell'aggiudicatario, per la tutela offerta dall'[art. 2929 c.c.](#), vada tenuto fermo. Ne consegue che il panorama giurisprudenziale sinteticamente delineato consente di affermare che "in materia di vendita forzata, l'acquisto compiuto dall'aggiudicatario rimane fermo anche in presenza di nullità del procedimento esecutivo, precedenti alla vendita, ma fatte valere successivamente dal debitore esecutato o dal terzo

^[13] Così conclude la Suprema Corte con la sentenza da ultimo citata: "pienamente ammissibile è l'azione, quand'anche qualificata opposizione ai sensi dell'[art. 619 cod. proc. civ.](#), che il terzo estraneo alla procedura esecutiva immobiliare abbia dispiiegato, anche in tempo successivo all'aggiudicazione od al decreto di trasferimento, per fare prevalere il proprio diritto reale immobiliare nei confronti del debitore originario, del creditore procedente e degli eventuali aggiudicatari del bene oggetto del suo diritto: atteggiandosi tale azione, benchè non più idonea ad incidere utilmente sul corso della procedura esecutiva, come rivendicazione, con efficacia di giudicato, del bene immobile pignorato ed aggiudicato nei confronti del debitore o degli eventuali aggiudicatari".

^[14] Va dichiarata inammissibile l'opposizione agli atti esecutivi con cui il debitore denunci un vizio formale verificatosi prima della vendita, qualora sia proposta dopo che la vendita è già stata compiuta, atteso che la disposizione di cui all'[art. 2929 cod. civ.](#) dispone che la nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita non ha effetto riguardo all'acquirente o all'assegnatario, salvo il caso di loro collusione con il creditore procedente, dando, quindi, la predetta norma risalto solo a tale collusione, che presuppone una dolosa preordinazione della condotta dell'acquirente in danno dell'esecutato, e a nulla rilevando, invece, il difetto di diligenza del terzo acquirente". La scelta legislativa di privilegiare una categoria di soggetti a discapito di un'altra in conseguenza della maggior meritevolezza degli interessi dei quali essi sono normalmente portatori e della coincidenza con essi degli interessi generali ritenuti prevalenti (in particolare, l'interesse a non scoraggiare la fruizione delle vendite in sede esecutiva, per la loro funzione di garanzia recuperatoria dei crediti), non è indiscriminata ma incontra a sua volta un limite, anch'esso normativamente previsto, che è, all'interno dell'[art. 2929 c.c.](#), quello della collusione tra l'aggiudicatario e il creditore procedente. È questo il punto in cui l'interpretazione della norma data dalla corte d'appello è errata. Essa infatti ha ignorato che l'unico limite alla tutela dell'aggiudicatario è costituito dalla collusione con il creditore procedente per porre invece un non previsto e ben più gravoso onere di diligenza a carico della parte aggiudicataria, introducendo un arbitrario parallelismo tra vendita volontaria e vendita forzata. Essa in primo luogo svaluta il dato testuale che pur in questo caso è chiarissimo, in quanto l'espressione "collusione con il creditore procedente" presuppone una intesa con il creditore procedente, in danno del debitore, ovvero una dolosa preordinazione della condotta dell'acquirente in danno all'esecutato ed anche una consapevolezza della esistenza di una nullità, in capo sia all'acquirente che al creditore. Solo a fronte di un comportamento non semplicemente mancante di diligenza, e neppure solo contrario a buona fede ma doloso e in accordo con il creditore, viene meno il fondamento della tutela privilegiata accordata all'aggiudicatario dall'[art. 2929 c.c.](#)

che assume essere stato pregiudicato dall'esecuzione, salvo il caso di collusione tra aggiudicatario e creditore, che presuppone non la semplice mancanza di diligenza dell'acquirente nell'eseguire i controlli precedenti all'acquisto, ma la consapevolezza della nullità e un accordo in danno all'esecutato tra acquirente e creditore". Chiaramente il debitore esecutato potrà far proprio sempre in questi casi il ricavato della vendita e di agire per il risarcimento dell'eventuale danno nei confronti di chi, agendo senza la normale prudenza, abbia dato corso al procedimento esecutivo in difetto di un titolo idoneo^[15].

5. Conclusioni

La complessiva disamina sin qui svolta consente di affermare che la stabilità della vendita forzata venga, nel nostro ordinamento, garantita non solo a conclusione del perfezionamento della fase liquidativa, ma già dal momento dell'aggiudicazione provvisoria. L'intento del legislatore di assicurare l'intangibilità dell'acquisto effettuato dal terzo, nell'am-

bito del processo esecutivo, trova, quindi, una conferma decisiva nel combinato disposto degli artt. [2929 c.c.](#) e [187 bis disp. att. c.p.c.](#)

L'alienazione giudiziale comporta un trasferimento per atto tra vivi della proprietà del bene espropriato a favore del terzo acquirente, e gli effetti sostanziali, pertanto, "non sono trattabili".

L'ordinamento tutela la posizione sostanziale dell'aggiudicatario sia nell'ipotesi di irregolarità formali inficianti gli atti esecutivi anteriori al provvedimento di vendita sia nell'ipotesi in cui l'alienazione giudiziale abbia avuto luogo nell'ambito di una esecuzione promossa in difetto di un idoneo titolo esecutivo. Il sistema delineato dalle norme sostanziali e processuali consente, pertanto, di evidenziare "l'autonomia"^[16] degli effetti della vendita forzata e del diritto acquisito dall'aggiudicatario rispetto alle eventuali vicende processuali che possano incidere sullo svolgimento della procedura esecutiva pregiudicando, in tal modo, la posizione giuridica del terzo.

^[15] La massima della suddetta sentenza così recita: sopravvenuto accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva non fa venir meno l'acquisto pignorato, che sia stato compiuto dal terzo nel corso della procedura espropriativa in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento di tale procedura, salvo che sia dimostrata la collusione del terzo col creditore procedente. In tal caso, tuttavia, resta salvo il diritto dell'esecutato di far proprio il ricavato della vendita e di agire per il risarcimento dell'eventuale danno nei confronti di chi, agendo senza la normale prudenza, abbia dato corso al procedimento esecutivo in difetto di un titolo idoneo". La sentenza delle Sezioni Unite motiva sulla base della esigenza di tutelare la stabilità dell'acquisto in sede di asta immobiliare, e di non scoraggiare la partecipazione alle aste, la necessità che, nel conflitto tra il proprietario dell'immobile venduto all'asta e l'aggiudicatario, prevalga il diritto dell'aggiudicatario, salvo il caso di sua malafede nel senso di collusione con il creditore e non semplicemente di mancanza di diligenza, ritenendosi che l'aggiudicatario operi in una situazione protetta, in cui legittimamente può presumere che tutti i controlli necessari ai fini della individuazione e della titolarità del bene siano stati fatti esattamente dalla procedura esecutiva. In particolare, a proposito della inesigibilità di una diligenza così stringente come nella sentenza qui impugnata, pretesa dalla corte d'appello in capo all'aggiudicatario, la sentenza [n. 21110 del 2012](#) soggiunge che «sembra francamente eccessivo pretendere da lui (l'aggiudicatario) una diligenza tale da imporgli di indagare sulla sussistenza e validità del titolo esecutivo per il quale si sta procedendo, volta che non sia stata disposta dal giudice la sospensione dell'esecuzione richiesta dall'esecutato o che, magari, nessuna contestazione sia stata neppure ancora sollevata in proposito al momento della vendita".

^[16] P.FARINA, *Caducazione del titolo esecutivo e chiusura anticipata dell'espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell'acquirente in vendita forzata?*, in *Giust.civ.* 2010, I, p.2033 ss.; Cass., Sez. III, ord. [20 febbraio 2012, n. 2474](#), cit., 203607 Cass., S.U., [28 Novembre 2012, n. 21110](#), in *Corr. giur.*, 2013, 389: nella recente sentenza è stato affermato il seguente principio di diritto: «il sopravvenuto accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva non fa venir meno l'acquisto dell'immobile pignorato, che sia stato compiuto dal terzo nel corso della procedura espropriativa in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento di tale procedura, salvo che sia l'ipotesi di vizi inficianti proprio l'atto di trasferimento e quella in cui ricorra una dimostrata situazione di collusione tra il terzo acquirente e il creditore procedente, in danno dell'esecutato (art. 2929).

DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO E COMPETENZA

La duplice sentenza dichiarativa di fallimento e il conflitto positivo di competenza

di Roberto Alemanno

del 7 marzo 2019

Sommario

L'evenienza (patologica) della doppia sentenza dichiarativa di fallimento e il dato normativo
Gli effetti della revoca della sentenza dichiarativa di fallimento resa da un tribunale incompetente
Segue: la migrazione del giudizio
La soluzione adottata nel nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza

L'evenienza (patologica) della doppia sentenza dichiarativa di fallimento e il dato normativo

Nel fisiologico *iter* che conduce al fallimento dell'imprenditore commerciale, ci dovrebbe essere un solo tribunale competente ad emettere la sentenza dichiarativa di fallimento. Tuttavia, nella sfera, concreta e a tratti patologica, della realtà può accadere che due o più tribunali dichiarino – in tempi diversi – il fallimento di un medesimo debitore, motivo per il quale è sorta la necessità di individuare un criterio legislativo di prevalenza tra le due statuizioni.

Valga anzitutto una premessa: non è possibile un contrasto di accertamenti tra sentenza dichiarativa di fallimento e decreto di rigetto. L'intervenuta dichiarazione di fallimento incide sullo *status* del debitore (poi fallito) ed è astrattamente idonea al passaggio in giudicato^[1]. Al contrario, qualora il tribunale non ritenga sussistere i presupposti per la dichiarazione di fallimento, il decreto di rigetto non sarà suscettibile di passare in giudicato^[2]: tale provvedimento non potrà cristallizzarsi nel tempo e non sarà ostativo ad una successiva pronuncia dichiarativa di fallimento.

Potrà piuttosto accadere che vengano emesse, in tempi diversi e da tribunali diversi, più sentenze dichiarative di fallimento di un unico debitore^[3]. Tuttavia, per i motivi processuali sopra descritti, tale profilo patologico si riduce sostanzialmente ad un conflitto positivo di competenza^[4] e non, invece, ad un vero e proprio conflitto materiale tra accertamenti di merito, posto che l'unico contrasto possibile è quello tra sentenze dichiarative di fallimento emesse da diversi tribunali e non, invece, tra dichiarazione di fallimento e decreto di rigetto (i cui effetti, come detto, non saranno neppure idonei a cristallizzarsi nel tempo).

Rispetto a tale evenienza, interviene l'[art. 9-ter l. fall.](#) (introdotta con [D.lgs. 5/2006](#)), il quale prevede che “1. *Quando il fallimento è stato dichiarato da più tribunali, il procedimento prosegue avanti il tribunale competente che si è pronunciato per primo.* 2. *Il tribunale che si è pronunciato successivamente, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 45 del codice di procedura civile, dispone la trasmissione degli atti al tribunale che si è pronunciato per primo. Si applica l'articolo 9-bis in quan-*

[1] La dichiarazione di fallimento sarà cristallizzata ed immutabile una volta decorso infruttuosamente il termine di impugnazione delle sentenze (termine breve di trenta giorni dalla notifica della sentenza o termine lungo di sei mesi dalla pubblicazione della stessa) senza che uno dei soggetti legittimati (certamente il debitore fallito, ma si ammette anche il gravame proposto da qualunque soggetto astrattamente legittimato, ad eccezione di chi abbia fatto ricorso per la dichiarazione di fallimento) abbia proposto reclamo alla Corte d'Appello avverso la sentenza stessa.

[2] Non ostando, peraltro, alla proposizione di un nuovo ricorso da parte dello stesso creditore.

[3] Il caso più frequente è quello della dichiarazione di fallimento di una persona quale imprenditore e quale socio illimitatamente responsabile di società contestualmente o antecedentemente dichiarata fallita da parte di altro tribunale.

[4] BONGIORNO, *comm. sub artt. 9, 9-bis e 9-ter l. fall.*, in JORIO – FABIANI (diretto e coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 194-195.

to compatibile”[5].

Letto il disposto normativo, giova precisare che il tribunale adito successivamente potrebbe avere o meno conoscenza di una precedente sentenza dichiarativa di fallimento: occorrerà, a questo punto, operare un distinguo.

Ove il tribunale adito successivamente abbia contezza di una precedente dichiarazione di fallimento e si ritenga a sua volta competente, dovrà richiedere il d’ufficio il regolamento di competenza[6], suscitando una decisione definitiva e vincolante della Corte di Cassazione in ordine all’organo giudiziario competente; ove invece il secondo tribunale non si ritenesse competente, questo dovrà dichiarare la propria incompetenza e trasmettere gli atti al primo giudice.

Qualora, al contrario, al momento della propria decisione, il tribunale adito successivamente non fosse a conoscenza di una precedente sentenza dichiarativa di fallimento resa nei confronti di un medesimo imprenditore commerciale, sarà concreto ed attuale il rischio di una duplice sentenza dichiarativa di fallimento. Infatti (a meno che non si reputi la carenza dei requisiti per la dichiarazione di fallimento del debitore), il tribunale adito successivamente dichiarerà – per la seconda – volta il fallimento dell’imprenditore commerciale già fallito.

È in questo specifico caso che interviene l’[art. 9-ter 1. fall.](#), il quale ha sancito l’applicazione del principio della prevenzione: qualora infatti il fallimento sia stato dichiarato da più tribunali, il procedimento dovrà proseguire avanti il tribunale competente pronunciandosi per primo[7]. Ne deriva che il tribunale che abbia successivamente dichiarato il fallimento dell’imprenditore commerciale – una volta appresa l’esistenza di una precedente sentenza dichiarativa di fallimento – conserverà l’alternativa di riconoscere la competenza del primo organo giudicante, ovvero di trasmettere gli atti al tribunale competente.

Gli effetti della revoca della sentenza dichiarativa di fallimento resa da un tribunale incompetente

Regolando anche l’ipotesi in cui il fallimento sia stato dichiarato da un giudice incompetente[8], il legislatore ha poi

cercato di ovviare alla situazione di stallo/lacuna creatasi a seguito della revoca della sentenza emessa dal tribunale incompetente.

Atteso che con la caducazione della stessa venivano meno – sino alla emissione della nuova sentenza da parte del tribunale realmente competente – anche gli effetti (prenotativi) della precedente sentenza rimossa, ora è previsto che, in caso di pronuncia di fallimento da parte di un tribunale che venga poi dichiarato incompetente, il medesimo organo giudicante dovrà disporre la trasmissione degli atti al tribunale competente[9]. In particolare, il tribunale che si ritenga competente, entro venti giorni dal ricevimento degli atti, ove non richieda d’ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell’[art. 45 c.p.c.](#), dovrà disporre la prosecuzione della procedura fallimentare (provvedendo altresì a nominare il giudice delegato e il curatore fallimentare).

Sul punto, occorre inoltre ricordare che il legislatore ha affermato esplicitamente che restano salvi gli effetti degli atti precedentemente compiuti: tale effetto, tuttavia, riguarda solo gli atti legalmente compiuti, ossia adottati con il rispetto delle modalità e formalità previste dalla [legge fallimentare](#).

Segue: la migrazione del giudizio

In secondo luogo, si consideri che l’effetto più importante che si verifica è quello della migrazione del giudizio: tale scelta normativa è ostativa al fatto che, a seguito della pronuncia di incompetenza, il fallito torni nella disponibilità del proprio patrimonio, riacquistando la disponibilità di un patrimonio che è già stato destinato alla soddisfazione dei creditori. Al contempo, la scelta del legislatore evita che vi siano soluzioni di continuità tra le due pronunce e consente l’unitaria prosecuzione del processo dinanzi al tribunale competente[10].

Anche la sorte dei giudizi promossi [ex art. 24 1. fall.](#) dinanzi al tribunale che si è pronunciato per primo e che successivamente è stato ritenuto incompetente avrebbe potuto creare problemi. Scongiurando il rischio della nullità di tali giudizi, radicati avanti il tribunale incompetente, il legislatore ha previsto che, a seguito della dichiarazione d’incompeten-

[5] È opinione comune che l’articolo in esame disciplini, sebbene in modo non espresso, due diversi aspetti: il primo, dettato dal comma 1, indica quale sia il criterio determinativo della competenza nel caso in cui vi siano più tribunali che abbiano dichiarato il fallimento; il secondo, di cui al comma 2, di carattere procedimentale, relativo alle forme e alle modalità con le quali dovrebbe risolversi il conflitto positivo di competenza. Cfr. PAJARDI, in BOCCHIOLA – PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, VII ed., Milano, 2013, 182.

[6] In giurisprudenza, si vedano Cass. civ., [n. 18637/2005](#); Cass. civ., [n. 4835/1995](#); Cass. civ., [n. 10827/1995](#).

[7] GUGLIELMUCCI, *Formulario delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, 11.

[8] BONGIORNO, *comm. sub artt. 9, 9-bis e 9-ter 1. fall.*, in JORIO – FABIANI (diretto e coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 171 ss.

[9] Prassi adottata da taluna giurisprudenza di merito, tra le cui pronunce si ricordano Trib. Salerno 24 settembre 1998; Trib. Messina, 9 giugno 1998 e poi consolidata nella Corte di legittimità nella pronuncia Cass. S.U., [n. 7149/1994](#).

[10] PAJARDI, in BOCCHIOLA – PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, VII ed., Milano, 2013, 131-132.

za del tribunale fallimentare, il giudice *ex art. 24 l. fall.* debba assegnare un termine per la riassunzione della causa davanti al nuovo giudice (competente). Tale soluzione consente di non perdere gli effetti prenotativi della trascrizione delle azioni iniziate dal primo fallimento, tra le quali ad esempio si annoverano le azioni revocatorie, i giudizi di accertamento dello stato passivo in grado di opposizione, nonché le azioni di inefficacia *ex art. 64 e 65 l. fall.* e le azioni di inopponibilità *ex art. 45*.

La soluzione adottata nel nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza

Un ultimo, doveroso, cenno concerne il nuovo [Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza \(CCII\)](#) e la disciplina del conflitto positivo di competenza in esso contenuta. La tanto attesa riforma del diritto concorsuale (il Decreto Legislativo, emanato in attuazione della [Legge Delega n. 155/2017](#), è stato approvato in via definitiva in data 12 gennaio 2019, pubbl. in Gazzetta Ufficiale il 14 febbraio 2019), frutto del lungo lavoro della Commissione Rordorf, ha trovato un approdo nel nuovo CCII ed è destinata a segnare un vero e proprio “anno zero” per studiosi e operatori del settore^[11]. Seppur il primo obiettivo che si prefigge la nuova riforma sia quello di rimuovere le conseguenze negative derivanti dal fallimento (denominato “liquidazione giudiziale”) dell'impre-

ditore, in particolare proponendosi di far emergere, con anticipo rispetto al passato, i sintomi dell'insolvenza del debitore, rispetto alla disciplina del conflitto positivo di competenza non pare discostarsi da quella di cui al [Regio Decreto n. 267/1942](#), piuttosto ricalcandola anche nella sua formulazione.

Ora, la disciplina del conflitto positivo di competenza è portata dal nuovo art. 30 CCII, il quale traspone *in toto* l'[art. 9-ter l. fall.](#) disponendo che “1. Quando una procedura regolatrice delle crisi o dell'insolvenza è stata aperta da più tribunali, il procedimento prosegue avanti il tribunale competente che si è pronunciato per primo. 2. Il tribunale che si è pronunciato successivamente, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'[art. 45 del codice di procedura civile](#), dispone la trasmissione degli atti al tribunale che si è pronunciato per primo. Si applica l'articolo 29 in quanto compatibile”.

Data la sostanziale identità tra l'art. 30 CCII e l'esaminato [art. 9-ter l. fall.](#), si ritiene valido quanto detto in precedenza a riguardo di tale disposizione, rilevando tuttavia in conclusione che il nuovo dato normativo (ricependo l'interpretazione giurisprudenziale elaborata dalla S.C.) espressamente prevede l'applicabilità del criterio di prevenzione anche in caso di più procedure concorsuali^[12].

[11] Cfr. LO CASCIO, [Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi](#) in fieri, in *Il fall.*, 2018, 525 ss.; ROSSI, *La legge delega per la riforma della disciplina della crisi d'impresa. Una prima lettura*, in *Società*, 2017, 1375 ss.

[12] Anche in precedenza, comunque, la giurisprudenza aveva ritenuto che i principi sopra descritti dovessero trovare applicazione anche qualora in pendenza, dinanzi a giudici diversi, procedure concorsuali di diverso tipo. Cfr. Cass. civ., ord. n. 19198/2005; Cass. civ., [n. 8413/2000](#); Cass. civ., [n. 8152/1997](#); Cass. civ., [n. 3269/1996](#); Cass. civ., [n. 9581/1993](#); Cass. civ., [n. 12631/1992](#); PERRINO, *Questioni vecchie e nuove in tema di competenza*, in *Il fall.*, 2010, 296 ss.

CONTUMACIA

Contumacia, ficta litis contestatio e istanze di riforma

di Mattia Polizzi

dell'8 marzo 2019

Sommario

Contumacia: nozione e distinzioni preliminari
Le principali teorie sulla contumacia
Il processo contumaciale: generalità
Contumacia e principio di non contestazione: il (chiaro) dato letterale e le critiche
Il dato comparato: spunti di riflessione (e di riforma) da parte della dottrina

Contumacia: nozione e distinzioni preliminari

L'istituto della contumacia, ascrivito dalla dottrina maggioritaria tra le vicende anomale del processo, rappresenta un tema per così dire tradizionale nello studio del diritto processuale civile^[1]. Ciò non esclude la presenza di vibranti profili di criticità e di dubbio, sia alla luce del valore costituzionale della ragionevole durata dei giudizi di cui all'[art. 111, comma 2, Cost.](#) sia per ciò che riguarda la pratica quotidiana della aule di giustizia.

Pur in assenza di una norma *ad hoc* la contumacia viene definita, in maniera pressoché unanime in letteratura, come la mancata costituzione in giudizio di una parte. Milita in tal senso, peraltro, il disposto di cui all'[art. 171 c.p.c.](#) a norma del quale «la parte che non si costituisce neppure in tale udienza *id est*: la prima udienza di cui all'[art. 183 c.p.c.](#) è dichiarata contumace». Si tratta, come autorevolmente affermato, di una situazione di «assenza legale dal giudizio

di una parte determinata dalla sua omessa (od irrituale) costituzione»^[2] che determina una «condizione di assoluta estraneità di una parte dal processo»^[3].

La contumacia viene pertanto definita in negativo, come mancata costituzione nelle forme e nei tempi di cui agli artt. 165 e 166 c.p.c. rispettivamente per l'attore e per il convenuto; è appena il caso di osservare che, come noto, il nostro sistema processuale – caratterizzato dalla previa notificazione dell'atto di citazione e dalla successiva costituzione in giudizio dell'attore – ammette la configurabilità della contumacia di quest'ultimo e non solo, dunque, del convenuto^[4].

Come detto, la contumacia caratterizza comunque una parte del giudizio, in quanto l'assunzione di tale ultimo *status* è già avvenuto in un momento precedente: come efficacemente osservato dalla migliore dottrina, difatti, «se c'è una domanda, c'è un processo e quindi la parte»^[5].

Così definito il fenomeno *de quo* è opportuno ricordare che

[1] Al fine di fornire una, pur iniziale, bibliografia sul tema si v. Brandi P., voce *Contumacia (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 458 ss.; Brunelli B., *Artt. 290 – 294*, in Carpi F., Taruffo M. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, CEDAM, Padova, 2009, 993 ss.; Carbonari O.G., voce *Contumacia (procedimento in): I) diritto processuale civile*, in *Eng. giur.*, IX, Treccani, Roma, 1988, 1 ss.; Ciaccia Cavallari B., voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, UTET, Torino, 320 ss.; Costa E., voce *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, UTET, Torino, 1968, 772 ss.; D'Adamo D., *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 1 ss.; Ferrari F., *Artt. 290 – 294*, in Comoglio L.P., Consolo C., Sassani B., Vaccarella R. (dir. da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, II, UTET, Torino, 2012, 395 ss.; Giannozzi G., *La contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1963, 1 ss.; Lo Cigno O., *La contumacia nel processo civile*, in *Giur. it.*, II, IV, 1986, 1986, 93 ss.; Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, II, Giuffrè, Milano, 2013, 217 ss.; Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 348 ss.; Montesano L., Arieta G., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 1999, 185 ss., 277 ss.; Tarzia G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2009, 147 ss.

[2] Brandi P., *op. cit.*, 458.

[3] Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 320.

[4] Mentre non è, come affermato *infra*, possibile la c.d. contumacia bilaterale.

[5] Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 2016, 371.

la contumacia è concetto ben distinto – tanto sul piano ontologico tanto su quello effettuale – da quello di assenza, che è invece la mancata comparizione in giudizio di una parte. Si tratta, in questo caso, di una assenza (non giuridica o legale, ma) effettiva e fattuale dal processo. Non troveranno, dunque, applicazione le norme sul processo eremodiale, bensì una serie di disposizioni differenti, quali l'[art. 176, comma 2, c.p.c.](#) a norma del quale le ordinanze pronunciate in udienza si ritengono conosciute dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparirvi; o l'[art. 309 c.p.c.](#), in forza del quale qualora nessuna delle parti compaia in udienza il giudice deve provvedere a norma dell'[art. 181 c.p.c.](#) Tale ultima disposizione si applica nel caso di assenza alla prima udienza. Il primo comma prende in esame il caso in cui entrambe le parti siano assenti: il giudice dovrà fissare una nuova udienza (con ordinanza non impugnabile da comunicarsi alle parti); nel caso in cui anche in tale nuova udienza nessuno compaia, il giudice ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo e dichiarerà l'estinzione del processo. Qualora sia assente l'attore, l'[art. 181, comma 2, c.p.c.](#) dispone che spetti al convenuto decidere se proseguire o meno la controversia. Nel primo caso, il processo seguirà il proprio *iter* senza modifiche alla disciplina ordinaria. Nel secondo caso, ossia qualora il convenuto taccia in merito alla prosecuzione, il giudice dovrà fissare una nuova udienza della quale l'attore sarà reso edotto: la mancata comparizione dell'attore anche nella successiva udienza ripropone l'alternativa poc'anzi ricordata: tuttavia, qualora il convenuto taccia, il giudice ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo e ne dichiarerà l'estinzione. Il caso dell'assenza del convenuto non è preso in considerazione dall'[art. 181 c.p.c.](#) sicché il processo proseguirà secondo le regole ordinarie.

Le principali teorie sulla contumacia

Ciò detto in merito alle generalità introduttive sull'istituto della contumacia è necessario passare in rassegna – pure in via necessariamente sintetica – le principali impostazioni teoriche sviluppatesi nel corso del tempo *in subiecta materia*: ciò al fine di comprendere meglio l'impianto codicistico e le prospettive avanzate ad opera della dottrina in un'ottica *de iure condendo*^[6].

Un primo momento dal quale far partire tale disamina è rappresentato da quelle visioni della contumacia, sorte all'inizio del XIX secolo, che vengono ricondotte al *genus* del-

le cc.dd. teorie penali della contumacia: essendo il processo considerato quale sede principe per ripristinare l'ordine e la pace tra le parti in contrasto, la presenza del convenuto diviene elemento essenziale non solo per provvedere alla propria difesa, ma anche per poter giungere ad una pronuncia definitiva e, quindi, alla conclusione stessa del processo. Il comportamento del contumace, allora, non potrà che essere stigmatizzato come una condotta illecita, di espressa ribellione contro l'autorità. Le principali critiche mosse a tale impostazione hanno portato alla nascita delle cc.dd. teorie della rinuncia. Secondo gli Autori esponenti di tale filone ermeneutico il contumace non compie alcun atto illecito, ma rinuncia ad un *quid* da costui liberamente disponibile: secondo alcuni si tratterebbe dell'abbandono dei propri diritti sostanziali (c.d. teoria della rinuncia al diritto sostanziale); secondo altri il contumace rinuncerebbe alla possibilità di difendersi (c.d. teorie della rinuncia alla difesa processuale). Tale impostazione, pur superando la valutazione negativa della condotta contumaciale, vede ancora nella mancata costituzione un atto volontario. Una prima reazione a questo pensiero viene dalla c.d. teoria dell'autodeterminazione. Tale teorica prende le mosse dall'osservazione che nel processo civile, informato al principio dispositivo, l'azione delle parti è teso al soddisfacimento di uno scopo individuale ed egoistico: ne consegue, dunque, che il legislatore non debba porre alcun obbligo di agire in capo alle parti, lasciandole invece libere di autodeterminarsi tanto sotto il profilo dell'*an* della richiesta di tutela tanto sotto quello del *quomodo*. La contumacia, allora, si configura come un mero atto negativo di parte, espressione della volontà di non agire. Il superamento di ogni riferimento all'*animus* del contumace, tuttavia, avverrà solo ad opera di quel filone dottrinale costituito dalla c.d. teoria dell'inattività. Secondo questa visione sarebbe logicamente impossibile ricondurre la mancata costituzione in giudizio ad una volontà certa ascrivibile alla parte: l'ordinamento, anzi, sarebbe caratterizzato da una vera e propria assenza di interesse per l'elemento soggettivo della volontarietà (o meno) di un comportamento siffatto, mentre l'unico dato rilevante sarebbe costituito dalla circostanza materiale della mancata costituzione in giudizio. È opinione comune che la tesi dell'inattività sia quella che più si avvicina all'impianto del codice di rito^[7]. Tuttavia parte della dottrina ha osservato che il codice presenta una disciplina del processo contumaciale sicuramente indifferente rispetto all'*animus* della parte non costi-

[6] Su queste teorie si v., *ex pluris*, Brandi P., *op. cit.*, 458 ss.; Costa E., *op. cit.*, 773 ss.; D'Adamo D., *op. cit.*, 6 ss.; Ferrari F., *op. cit.*, 398 ss.; Giannozzi G., *op. cit.*, 166 ss.

[7] Così ad esempio Costa E., *op. cit.*, 774; Ferrari F., *op. cit.*, 398, 402 – 403; Giannozzi G., *op. cit.*, 137 ss.

tuitasi, ma affianca a tale disinteresse il concetto di imputabilità – intesa come ascrivibilità o riferibilità alla parte – della mancata costituzione in giudizio^[8]: indice di ciò sarebbe il disposto dell'[art. 294 c.p.c.](#) che al primo comma consente al contumace di richiedere la rimessione in termini solo qualora egli dimostri “*che la nullità della citazione o della sua notificazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo o che la costituzione è stata impedita da causa a lui non imputabile*”. In ogni caso, per la medesima dottrina, la norma in parola non accorda spazio e non permette di ridare peso ad una contumacia. Merita inoltre di essere menzionata una interessante e recente Voce che ravvisa nella contumacia un “*comportamento processuale della parte, quale forma di esercizio del diritto di difesa, alternativo alla costituzione in giudizio*”^[9].

Il processo contumaciale: generalità

Poste tali premesse è possibile ricordare brevemente le principali norme aventi ad oggetto il profilo dinamico della contumacia, contenute – per ciò che attiene al processo ordinario di cognizione – nel Capo VI del Titolo I del Libro II del codice di rito, per poi soffermarsi su quello che intende essere il punto centrale di questo scritto, ossia il rapporto tra contumacia e non contestazione.

Ferma restando la non configurabilità della c.d. contumacia bilaterale, l'[art. 290 c.p.c.](#) prende in considerazione il caso della contumacia dell'attore, possibile in quanto – come ricordato *supra* – la costituzione in giudizio segue, nell'*iter* procedimentale, la notifica dell'atto di citazione. La norma de qua rende il convenuto *dominus* della prosecuzione del processo: qualora questi lo richieda, la causa proseguirà in contumacia dell'attore; in caso contrario, il giudice ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo ed il processo andrà incontro ad estinzione.

La fattispecie che appare più frequente nella prassi è, tuttavia, quella della contumacia del convenuto, disciplinata dall'[art. 291 c.p.c.](#) La norma consente di osservare che affinché possa sussistere tale evenienza non basta l'omessa o irri-
tuale costituzione in giudizio del convenuto, accompagnata

dalla regolare costituzione dell'attore. È, difatti, necessario un presupposto ulteriore, ossia il regolare perfezionamento della notifica dell'atto di citazione. Il [primo comma dell'art. 291 c.p.c.](#) dispone che il giudice debba verificare detta regolarità. Solo nel caso in cui non vi siano vizi si potrà procedere alla dichiarazione di contumacia del convenuto. Nel caso opposto l'attore dovrà procedere alla rinnovazione della notificazione. Il meccanismo di cui all'[art. 291 c.p.c.](#) ha consentito alla dottrina di operare una distinzione, identificando due diverse *species* di contumacia del convenuto: quella involontaria, in presenza di un vizio della notificazione della citazione; quella volontaria, in caso di regolarità della notifica^[10]. Come si diceva, qualora il giudice rilevi un vizio tale da comportare la nullità della notificazione fisserà un termine perentorio affinché l'attore possa procedere alla rinnovazione, così impedendo ogni decadenza; la mancata rinnovazione comporterà l'estinzione del processo. Nel caso, invece, in cui si versi in una ipotesi di contumacia c.d. volontaria il giudice dichiarerà la contumacia del convenuto e troveranno applicazione gli artt. [292 ss. c.p.c.](#)

Prima di esaminare tali disposizioni, è opportuno ricordare che la dichiarazione di contumacia effettuata ad opera del giudice si sostanzia in un controllo meramente formale, che non involge in alcun modo indagini relative all'*animus* della parte non costituitasi. Quanto agli effetti di tale declaratoria, si ritiene comunemente che questa non comporti *ex se* l'assunzione della qualità di parte contumace, ma implichi piuttosto la trasformazione di una situazione di fatto (la mancata costituzione) in una situazione di diritto^[11]: l'applicazione delle norme sul processo eremodiale, infatti, non è preclusa da un'erronea dichiarazione di contumacia, dato che l'instaurarsi di tale *iter* processuale deriva direttamente ed esclusivamente dalla effettiva mancata costituzione in giudizio. Si tratta, dunque, di un atto avente funzione meramente dichiarativa, di una formalità non essenziale, sicché la dichiarazione erroneamente eseguita, la sua omissione o la sua revoca (che ha effetto *ex tunc*) non determinano una nullità del procedimento né un vizio della sentenza a meno che non vi sia stato un effettivo pregiudizio all'attività difensiva del-

[8] Brandi P., *op. cit.*, 462 ss.; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 321.

[9] D'Adamo D., *op. cit.*, 234.

[10] Si v. in particolare D'Adamo D., *op. cit.*, 62 ss.; Giannozzi G., *op. cit.*, 224; Luiso F.P., *op. cit.*, 219.

[11] Brunelli B., *op. cit.*, 993; D'Adamo D., *op. cit.*, 53 – 54; Ferrari F., *op. cit.*, 418 – 419; Giannozzi G., *op. cit.*, 280 – 281; Luiso F.P., *op. cit.*, 222. In giurisprudenza si v. *ex pluris*, Cass. Civ., Sez. Un., [27 febbraio 2002, n. 2881](#), in *DeJure*, secondo cui “*l'erronea dichiarazione della contumacia di una parte non determina un vizio della sentenza deducibile in cassazione se non ha determinato in concreto qualche pregiudizio allo svolgimento dell'attività difensiva, né ha inciso sulla decisione*”; Cass. Civ., Sez. III, [19 agosto 1991, n. 8873](#), *ibidem*.

la parte o, comunque, un documento al contraddittorio^[12]. Quanto al contenuto delle norme precipuamente dettate con riferimento allo svolgersi del processo contumaciale il *core* delle stesse è da ravvisarsi del disposto dell'[art. 292 c.p.c.](#), rubricato “*notificazione e comunicazione di atti al contumace*”. Il primo allinea della disposizione dispone che debbano essere notificate personalmente al contumace – entro il termine fissato dal giudice con ordinanza – le ordinanze che ammettono l'interrogatorio^[13] ed il giuramento del contumace medesimo; devono inoltre essere notificate personalmente alla parte non costituita le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali, al fine di rendere edotto il contumace dell'ampliamento del *thema decidendum* rispetto a quello fissato con l'atto introduttivo del processo^[14]. L'ultimo comma della norma in parola prevede che siano oggetto di notifica da effettuarsi personalmente alla parte le sentenze. Il [secondo comma dell'art. 292 c.p.c.](#) dispone che le altre comparse si considerano comunicate con il deposito in cancelleria delle stesse e con l'apposizione del visto del cancelliere sull'originale: la norma introduce una semplificazione, tesa ad evitare un eccessivo appesantimento del processo contumaciale e rappresenta altresì un “*raccordo di esigenze che trovano una tutela di rango costituzionale*”^[15] tra le quali il diritto di azione e difesa e la necessità di un celere svolgimento del giudizio. Il [terzo comma dell'art. 292 c.p.c.](#) dispone che tutti gli altri atti non sono soggetti a notificazione o comunicazione. Da tale articolo è possibile desumere, come peraltro ritenuto pressoché unanimemente da dottrina e giurisprudenza, la tassatività dell'elencazione degli atti da comunicare personalmente al contumace di cui al [primo comma dell'art. 292 c.p.c.](#), considerata la sua natura speciale e derogatoria^[16]. Il dato letterale dell'[art. 292 c.p.c.](#) è stato, peraltro, integrato da diverse dichiarazioni di incostituzionalità. Con la sentenza [n. 250/1986](#)^[17] la Consulta ha dichiara-

to l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata nei procedimenti di cognizione ordinaria dinanzi al pretore e al conciliatore; con la sentenza n. 317/1989^[18] la medesima declaratoria di incostituzionalità è stata estesa ai giudizi svolti dinanzi al tribunale ordinario, avendo il Giudice delle leggi dichiarato l'illegittimità “*dell'art. 292, primo comma, del codice di procedura civile, in relazione all'art. 215, n.1, dello stesso codice, nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza*”. Per quanto attiene la omessa (o irregolare) notificazione degli atti indicati dall'[art. 292 c.p.c.](#) la dottrina reputa che sussista in vizio della nullità dell'atto medesimo nonché di quelli successivi e da esso dipendenti (in virtù del disposto di cui all'[art. 159, comma 1, c.p.c.](#))^[19].

L'[art. 293 c.p.c.](#) disciplina invece l'ipotesi di costituzione tardiva del contumace: scopo della norma in questione è quello di approntare una disciplina per la c.d. purgazione della contumacia, in conformità al principio dell'accettazione del processo nello stato in cui si trova^[20]. Unico effetto della costituzione tardiva è la cessazione, *ex tunc*, degli effetti della contumacia. Il contumace può, a norma dell'[art. 293, comma 1, c.p.c.](#) costituirsi “*i n ogni momento del procedimento fino all'udienza di precisazione delle conclusioni*”. La costituzione tardiva può avvenire mediante il deposito di una comparsa^[21], della procura e dei documenti in cancelleria ovvero mediante comparizione all'udienza. Il [terzo comma dell'art. 293 c.p.c.](#) consente, infine, al contumace costituitosi tardivamente, la possibilità di disconoscere le scritture contro di lui prodotte, nella prima udienza ovvero entro il termine assegnatogli dal giudice.

Se la costituzione tardiva implica l'accettazione del proces-

[12] Brandi P., *op. cit.*, 465; Brunelli B., *op. cit.*, 993 – 994; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 324; D'Adamo D., *op. cit.*, 56. In giurisprudenza si v., *ex pluris*, Cass. Civ., Sez. III, [9 marzo 2012, n. 3704](#), in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. II, [27 aprile 2006, n. 9649](#), *ibidem*; Cass. Civ., Sez. III, [14 novembre 2002, n. 16034](#), *ibidem*.

[13] Da intendersi nel senso di interrogatorio formale: così Cass. Civ., Sez. I, [9 novembre 2001, n. 13876](#), in *DeJure*.

[14] Ferrari F., *op. cit.*, 454; Lo Cigno O., *op. cit.*, 100.

[15] Ferrari F., *op. cit.*, 456.

[16] Così Brandi P., *op. cit.*, 467; Brunelli B., *op. cit.*, 1004; Carbonari O.G., *op. cit.*, 8; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 326; Ferrari F., *op. cit.*, 458; Lo Cigno O., *op. cit.*, 99. Per analoghe considerazioni in giurisprudenza si v. Cass. Civ., Sez. II, [28 maggio 1984, n. 3262](#), in *DeJure*.

[17] Corte cost., [28 novembre 1986, n. 250](#), in *DeJure*.

[18] Corte cost., [6 giugno 1989, n. 317](#), in *DeJure*.

[19] Brandi P., *op. cit.*, 467; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 327; D'Adamo D., *op. cit.*, 98; Ferrari F., *op. cit.*, 461.

[20] Ferrari F., *op. cit.*, 463; D'Adamo D., *op. cit.*, 101.

[21] Da notificarsi, secondo parte della dottrina, ad opera del convenuto all'attore, così da consentire a quest'ultimo di prendere conoscenza della costituzione tardiva del convenuto contumace: così Ferrari F., *op. cit.*, 466. Per altri, invece, l'obbligo di comunicazione sarebbe in capo al cancelliere: Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, Napoli, 1964, 298.

so nello stato in cui si trova, l'[art. 294 c.p.c.](#) consente al contumace di chiedere al giudice di essere ammesso a compiere quelle attività che gli sarebbero precluse, qualora dimostri che la nullità della citazione ovvero della sua notificazione gli abbiano impedito di avere conoscenza del processo oppure che la sua costituzione sia stata impedita da causa a lui non imputabile: nel caso in cui i fatti allegati siano ritenuti – sulla base di un giudizio di verosimiglianza – attendibili, il giudice ammette la prova dell'impedimento e provvede alla rimessione in termini delle parti, pronunciandosi con ordinanza. Significativamente, l'ultimo comma dell'[art. 294 c.p.c.](#) afferma che *“le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche se il contumace che si costituisce intende svolgere, senza il consenso delle altre parti, attività difensive che producono ritardo nella rimessione al collegio della causa che sia già matura per la decisione rispetto alle parti già costituite”*.

Contumacia e principio di non contestazione: il (chiaro) dato letterale e le critiche

Questo essendo il quadro generale del processo contumaciale è ora possibile soffermarsi su quello che appare essere il vero punto dolente di tale disciplina, ossia la non applicabilità in danno del contumace del principio di non contestazione.

Il principio *de quo*, anche chiamato onere di contestazione specifica, è affermato nell'[art. 115 c.p.c.](#) che dispone, al primo comma, che il giudice debba porre a fondamento della propria decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contesta-

ti dalla *“parte costituita”*[22]. Si tratta di una regola processuale, applicabile – secondo l'opinione maggioritaria – ai soli fatti principali[23], che trova le proprie origini in un arresto pretorio, ossia nella sentenza [761/2002](#)[24] resa dalle Sezioni Unite della Cassazione con riferimento al processo del lavoro e che è poi stato trasfuso nell'[art. 115 c.p.c.](#) ad opera della [l. 18 giugno 2009, n. 69](#). Come emerge chiaramente dal tenore letterale dell'[art. 115 c.p.c.](#) l'onere di contestazione specifica (e le conseguenze in caso di mancato adempimento) riguardano la sola parte costituitasi in giudizio e non anche il contumace. Il nostro ordinamento ha, pertanto, optato per il sistema della c.d. *ficta litiscontestatio* da parte del contumace e non per quello opposto della c.d. *ficta confessio*: l'[art. 115, comma 1, c.p.c.](#) pone una finzione giuridica in forza della quale, in caso di contumacia, i fatti affermati ad opera della controparte si intendono come contestati (e non come ammessi dal contumace, come succederebbe in caso di *ficta confessio*). L'operatività del principio di non contestazione nei riguardi della sola parte costituita era concetto già affermato nella sentenza delle Sezioni Unite [n. 761/2002](#). Non solo. La Corte costituzionale, nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'[art. 13, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5](#) (recante la disciplina del c.d. rito societario) proprio nella parte in cui prevedeva un meccanismo di *ficta confessio* in danno del contumace, afferma che quello della *ficta litiscontestatio* del contumace è addirittura un principio della *“tradizione del diritto processuale italiano”*[25]. Tale principio è poi divenuto, anche in ragione del chiaro tenore letterale dell'[art. 115, comma 1, c.p.c.](#) un'affermazione pacifica nella giurisprudenza[26].

[22] Sul tema si v., pur senza pretesa di esaustività alcuna Comoglio L.P., *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010, 122 ss.; De Vita F., voce *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, UTET, Torino, 2010, 834 ss.; Maero G., *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, II, 455 ss.; Mocchi M., *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, II, 316 ss.; Pacilli M., *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 299 ss.; Rota F., *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in Taruffo M., *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 181 ss.; Tedoldi A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 76 ss.

[23] Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., [13 settembre 2016, n. 17966](#), in *DeJure* e in [www.eclegal.it](#), 8 novembre 2016 con, *si parva licet*, nota di Polizzi M., *Principio di non contestazione: un'ulteriore conferma della non applicabilità ai fatti secondari?*; Cass. Civ., Sez. Lav., [28 febbraio 2014, n. 4854](#), in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. Lav., 7 ottobre 2013, n. 22787, *ibidem*.

[24] Cass. civ., Sez. Un., [23 gennaio 2002, n. 761](#), in *Foro it.*, 2002, VII – VIII, I, 2017 ss., con nota di Cea C.M., *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2003, II, I, 604 ss., con nota di Proto Pisani A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*.

[25] Corte cost., [12 ottobre 2007, n. 340](#), in *Foro it.*, 2008, III, I, 721 ss., con nota di Ventura N., *Sulla illegittimità costituzionale dell'istituto della cd. ficta confessio nel rito societario di cognizione*, in *Foro it.*, 2008, III, I, 723 ss., con nota di Briguglio A., *La Corte costituzionale e la “ficta confessio” nel processo societario*.

[26] Cfr., tra le molte in tal senso, Cass. Civ., Sez. VI – 2, ord. [4 novembre 2015, n. 22461](#), in *DeJure* e in [www.eclegal.it](#), 29 dicembre 2015, con, *si parva licet*, nota di Polizzi M., *Contumacia: no (ancora una volta) alla ficta confessio*; Cass. civ., Sez. Lav., [21 novembre 2014, n. 24885](#), in *DeJure*; Cass. civ., Sez. II, [29 novembre 2013, n. 26859](#), *ibidem*; Cass. civ., Sez. III, [23 giugno 2009, n. 14623](#), *ibidem*; Cass. civ., Sez. Lav., [2 maggio 2007, n. 10098](#), *ibidem*. Nella giurisprudenza di merito si segnala Trib. Varese, ord. 30 ottobre 2009, che, pur affermando la non applicabilità del principio di non contestazione al contumace esprime il dubbio di una incostituzionalità del [primo comma dell'art. 115 c.p.c.](#) proprio nella parte in cui esclude il prodursi dei relativi effetti in capo al convenuto contumace volontario; la pronuncia è consultabile in *Giur. it.*, 2010, VI, 1384 ss., con nota di Frus G., *Osservazioni su due casi di inutile invocazione del principio di non contestazione*

Una parte della dottrina considera con favore questa impostazione, per una serie di ragioni[27]. In primo luogo l'[art. 167 c.p.c.](#) nel disporre che l'onere di prendere posizione in relazione ai fatti allegati dalla controparte debba avvenire nella comparsa di costituzione e risposta darebbe per presupposta l'avvenuta costituzione in giudizio. In secondo luogo si afferma che il principio di autoresponsabilità trovi applicazione solo con riferimento ad un comportamento processuale, mentre la contumacia viene intesa come *"la scelta di astenersi da qualsiasi comportamento processuale"*[28]. Ancora, dalla mancata costituzione in giudizio della parte non sarebbe possibile inferire alcun ragionevole affidamento in merito alla effettiva non contestazione dei fatti allegati. Infine, la dottrina in parola respinge l'idea che dalla mancata estensione al processo contumaciale dell'istituto di cui all'[art. 115, comma 1, c.p.c.](#) derivi una disparità di trattamento rispetto alla parte costituita ed un conseguente incentivo non costituirsi in giudizio: la riforma dell'[art. 115 c.p.c.](#), anzi, sarebbe in linea con il sistema, che già in altre sedi ha operato questa distinzione come, ad esempio, in tema di ordinanze per il pagamento delle somme non contestate [ex art. 186 bis c.p.c.](#)

La dottrina maggioritaria, per converso, si muove nel senso di una profonda critica alla limitazione dell'operatività dell'onere di contestazione specifica alle sole parti costituite, in una prospettiva che – necessariamente *de iure condendo* – auspica una riforma dell'[art. 115, comma 1, c.p.c.](#) nel senso della sua applicabilità anche in danno della parte contumace e, più in generale, dell'intero processo eremodiale[29]. In primo luogo il meccanismo così come configurato attualmente viene considerato come foriero di una illogica disparità di trattamento: la parte che, costituendosi in giudizio si è dimostrata più "diligente", difatti, viene ad essere gravata dell'onere di contestazione specifica, mentre quella contumace *"può starsene alla finestra ad attendere la piega delle cose"*[30].

Si afferma, inoltre, che il sistema così strutturato appare es-

sere in contrasto anche con il principio di autoresponsabilità. La denunciata illogicità del tema in parola sarebbe poi ravvisabile in un'ottica sistematica, considerato che in altri procedimenti la mancata costituzione in giudizio comporta effetti paragonabili a quelli negati nel processo ordinario: ci si riferisce, ad esempio, all'[art. 663 c.p.c.](#) in tema di procedimento per convalida di sfratto, nonché all'[art. 647, comma 1, c.p.c.](#) a norma del quale il decreto ingiuntivo diviene esecutivo in caso di mancata costituzione in giudizio dell'opponente.

Non solo. La non applicabilità dell'onere di contestazione specifica alla parte contumace sarebbe in contrasto con lo stesso impianto di fondo del codice di rito, come visto ispirato alla c.d. teoria dell'inattività: il legislatore, in altri termini, non si troverebbe più in una posizione di neutralità nei confronti del contumace, ma anzi, avrebbe iniziato un *trend* di riforma del processo contumaciale caratterizzata da un atteggiamento di ingiustificata iper – tutela del contumace volontario.

In conclusione, la dottrina maggioritaria reputa che il processo contumaciale, almeno per ciò che riguarda la posizione del contumace c.d. volontario, sia di dubbia compatibilità con la Costituzione sotto il profilo che qui interessa: con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., in quanto espressione di una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla parte costituitasi; ma anche con riferimento al valore della ragionevole durata del giudizio di cui all'[art. 111, comma 2, Cost.](#) (ed all'[art. 6 Cedu](#)), in quanto una impostazione conforme a tale parametro costituzionale richiederebbe una semplificazione del giudizio, con una conseguente riduzione della durata del processo contumaciale.

Il dato comparato: spunti di riflessione (e di riforma) da parte della dottrina

In questa prospettiva, una parte della letteratura auspica una riforma della materia che avvicini il sistema italiano a quello del *judgment by default* (o *default judgment*). Si tratta di un istituto previsto nell'ordinamento processual – civilistico inglese ed in quello federale statunitense, basato sull'i-

da parte dell'attore nei confronti del convenuto contumace, per sopperire alle proprie carenze probatorie. Per una – invero isolata, anche prima della riforma del 2009 – pronuncia in senso difforme si v. Trib. Vercelli, 31 marzo 2006, in *NGCC*, III, I, 349 ss., con nota di Demontis E., *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*.

[27] Carbonari O.G., *op. cit.*, 2; Del Core S., *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, VI, 277-279.

[28] Del Core S., *op. cit.*, 278

[29] Si v., *ex pluris*, Balena G., *La nuova pseudo – riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, III, 776; D'Adamo D., *op. cit.*, 50 – 51; Demarchi Albengo P.G., *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. mer.*, 2010, IV, 1044-1045; Ferrari F., *op. cit.*, 412-415; Proto Pisani A., *Appunti sull'ultima riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, I, 112; Rota F., *op. cit.*, 216; Sassani B., *op. cit.*, 426-428; Taruffo M., *Art. 115*, in Taruffo M., Carraffa A. (a cura di), *Poteri del giudice*, I, Zanichelli, Bologna, 2011, 484-485.

[30] Sassani B., *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, II, 427.

stituto della *ficta confessio*[31]. Per ciò che attiene al primo, la contumacia (*default of defence* o *default of acknowledgment*) del convenuto è regolata dalla rule 12 delle *Civil Procedure Rules* (C.P.R.) e comporta per l'attore la facoltà di ottenere un provvedimento di condanna. Si tratta di un istituto, visto come un “*important means of accelerating the legal process*”[32], che non prende in considerazione il merito della controversia, ma chiude il processo in rito, come affermato, *ex pluris*, nel caso *Football Datact Ltd. v. Smoot Enterprises Ltd*[33]. Il *judgment by default*, inoltre, va incontro a determinati limiti applicativi: ad esempio, non potrà che avere ad oggetto che uno “*specified amount of money*” ovvero un “*amount of money to be decided by the court*” (rule 12.4(1) C.P.R.) e, in quest'ultimo caso, la decisione avrà effetto solo in relazione all'*an* della pretesa, mentre per l'accertamento del *quantum* il processo dovrà comunque proseguire nelle vie ordinarie (rule 12.7 C.P.R.); inoltre, alcune controversie – come quelle aventi ad oggetto la disciplina del consumatore – sono escluse dall'ambito applicativo del *judgment by default*. Con riferimento al sistema federale statunitense il *default judgment* è regolato dalla rule 55 delle *Federal Rules of Civil Procedure* (F.R.C.P.): nel caso in cui il convenuto, al quale siano state validamente notificate le pre-

tese attoree, non prenda posizione nel termine *ad hoc* previsto dalla legge, l'attore può chiedere che la controparte venga giudicata in contumacia secondo il meccanismo della *ficta confessio*. Peraltro, a differenza di quanto previsto dall'ordinamento inglese, il *default judgment* statunitense non presenta una minor forza cogente rispetto al giudizio reso in seguito ad un processo in pieno dibattimento tra le parti.

Un sistema, quello delineato, decisamente agli antipodi rispetto a quello italiano. Ed al quale è necessario riferirsi con le dovute cautele, consci dell'autorevole e fondato monito per cui modelli processuali diversi da quelli nostrani “*fino a quando non avrà luogo un radicale cambiamento nel comune modo di sentire (e, per riflesso, nei nostri comportamenti collettivi), non potranno essere introdotti tra di noi e, se lo fossero, genererebbero con molta probabilità dei piccoli mostri*”[34]. Tuttavia, e fermo restando – come altrettanto fondatamente osservato – che ogni modifica alla disciplina processuale risulta vana se non accompagnata da un adeguato impiego di risorse (umane, materiali economiche)[35], ciò che appare di non poco momento è l'esigenza di riforma di un sistema che non solo risulta per molti versi quasi illogico, ma che è altresì di dubbia compatibilità con gli essenziali parametri costituzionali *supra* evidenziati.

[31] Sul *judgment by default* inglese si v., senza pretesa di esaustività, Andrews N., *The three paths of justice: court proceedings, arbitration, and mediation in England*, Cambridge University Press, 2011, 67 ss.; Passante L., *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, IV, 1353; Id., voce *Processo civile inglese*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, 983-984. Sul *default judgment* statunitense cfr., a titolo di esempio, Ides A., May C.N., *Civil procedure: cases and problems*, Aspen, 2009, 976 ss.; James F. Jr., Hazard G.C. Jr., Leubsdorf J., *Civil procedure*, New York, New York Foundation Press, 2001, 205, 243-244, 329, 781-791.

[32] Andrews N., *op. cit.*, 68.

[33] *Football Datact Ltd. v. Smoot Enterprises Ltd.*[2011] EWCH 973 (Ch).

[34] Così Verde G., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, III, 506.

[35] L'affermazione è largamente condivisa in dottrina: a titolo di esempio cfr. Biavati P., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, II, 477-479; Caponi R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, II, 394; Capponi B., *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, in *www.giustiziacivile.com*, 22 giugno 2015, 6-9; Cavallini D., *Problematiche attuali di ordinamento giudiziario: revisione della geografia giudiziaria, specializzazione del giudice e questione manageriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 761; Cecchetti M., voce *Giusto processo a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 611; Chiarloni S., voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. II – 1, Giuffrè, Milano, 2008, 417; Id., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, IV, 1032-1033; Giacobbe G., *I nodi irrisolti della giustizia civile*, in *Iustitia*, 2006, II, 184; Olivieri G., *La “ragionevole durata” del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, X, V, 253; Proto Pisani A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, X, V, 248-249; Romei Pasetti M., *L'art. 111 Cost. e il principio di efficienza dell'organizzazione giudiziaria*, in *Giust. civ.*, 2001, X, 508 – 510; Sottani S., *I profili di “accountability” e di responsabilità sociale del sistema giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2014, IV, 111-114; Tarzia, *op. cit.*, 22; Trocker G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, I, 405-407; Verde, *op. cit.*, 505.

MUTATIO ED EMENDATIO LIBELLI

Chiarimenti della Suprema Corte di Cassazione in ordine alla distinzione tra mutatio libelli ed emendatio libelli.

Nota a Cass. Civ., Sez. Lavoro, 15 gennaio 2019 n. 834

di Alessio Antonelli

del 9 marzo 2019

Sommario

1. Il caso
2. La soluzione adottata dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 834/2019
3. L'art. 163 c.p.c. e l'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c.
4. L'orientamento della Suprema Corte di Cassazione e della dottrina formatosi nel tempo sulla distinzione tra mutatio ed emendatio libelli

1. Il caso

Cass. civ. Sez. Lavoro, 15 gennaio 2019 n. 834

Un lavoratore adiva il Tribunale di Alessandria rappresentando di aver lavorato alle dipendenze della ditta Alfa dal 2 gennaio 2002 all'11 giugno 2012 con qualifica di operaio guardafili e mansioni di addetto al servizio di installazione e manutenzione delle linee di telefonia.

Il lavoratore esprimeva che la ditta Alfa indicava quotidianamente i luoghi di lavoro in cui andavano svolti gli interventi da effettuarsi nelle zone destinate dai due subappaltatori, Beta S.p.A. (appaltatrice dei lavori di nota società operante nel campo della telefonia in provincia di Alessandria) e Gamma S.p.A. (appaltatrice di detta società operante nel campo della telefonia in provincia di Pavia), deducendo che il proprio impegno lavorativo era suddiviso al 50% fra subappalto Beta S.p.A. e subappalto Gamma S.p.A.

Il lavoratore, pertanto, lamentava di non aver percepito la retribuzione dall'aprile 2011 sino alla cessazione del rapporto, né le relative competenze, che determinava nel complessivo importo di Euro 53.984,54.

In ragione di ciò, il lavoratore conveniva in giudizio le pre-

dette società ai sensi dell'art. 29^[1] del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, chiedendone la condanna, in solido fra loro, al pagamento dei predetti importi.

Le società si costituivano insistendo per il rigetto delle avverse pretese.

Alla luce del fallimento della ditta Alfa, *medio tempore* intervenuto, il lavoratore decideva di rinunciare alla domanda nei confronti di quest'ultima.

Il Tribunale di Alessandria, con sentenza pronunciata in data 7 ottobre 2013, rigettava il ricorso del lavoratore, il quale pertanto ricorreva in appello.

La Corte di Appello di Torino, tuttavia, confermava con la sentenza di primo grado.

Per quanto in questa sede di interesse, la Corte di Appello deduceva che il gravame proposto dal lavoratore avverso la decisione di prime cure presentava profili di inammissibilità poiché, mentre in primo grado era stata chiesta genericamente la condanna in solido delle società ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nell'atto di appello era stata prospettata una ben diversa ripartizione dell'attività lavorativa nell'ambito dei due appalti, corredata dalla richiesta

[1] L'articolo 29 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 dispone: "Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa."

di accertamento del distinto svolgimento di attività in favore di ciascuna delle società e di una correlata diversa quantificazione dei crediti vantati nei confronti di ciascuna di esse. Si versava, ad opinione della Corte di Appello, nell'ipotesi di *mutatio libelli*, essendo stata formulata una domanda nuova, fondata su fatti costitutivi radicalmente diversi e confliggenti con la prospettazione formulata in primo grado.

Nel merito, il gravame era in ogni caso da ritenersi infondato, in ragione della carenza di prova adeguata, anche sotto il profilo quantitativo (i) dei servizi ai quali il lavoratore era stato addetto o (ii) delle opere commissionate in favore dei committenti, ed in conseguenza dei quali egli aveva maturato il credito retributivo/contributivo rivendicato.

Avverso la decisione della Corte di Appello di Torino il lavoratore propone ricorso per Cassazione, deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 437 c.p.c. [2], atteso che la Corte di Appello avrebbe errato nel ravvisare un'inammissibile *mutatio libelli* al cospetto di una semplice diversa ripartizione del medesimo *quantum debeatur*; infatti la *causa petendi* era rimasta immutata, così come il *petitum*, integrato dalle retribuzioni non percepite.

In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo

414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2. Fermo restando quando previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale.

Il collegio, sentiti i difensori delle parti, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo nella stessa udienza.

Non sono ammesse nuove domande ed eccezioni. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa. È salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa.

Qualora ammetta le nuove prove, il collegio fissa, entro venti giorni, l'udienza nella quale esse debbono essere assunte e deve essere pronunciata la sentenza. In tal caso il collegio con la stessa ordinanza può adottare i provvedimenti di cui all'articolo 423.

Sono applicabili le disposizioni di cui ai commi secondo e terzo dell'articolo 429".

2 La soluzione adottata dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 834/2019

La Suprema Corte di Cassazione, nell'accogliere il motivo di impugnazione proposto dal lavoratore, ha fornito importanti chiarimenti in ordine alle differenze tra *mutatio libelli* ed *emendatio libelli*.

Si ha, in particolare, *mutatio libelli* qualora si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio, oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e, particolarmente, su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al Giudice un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte.

Si è in presenza, invece, di semplice *emendatio libelli* quando si incida sulla *causa petendi* in modo che risulti modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul *petitum* nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere.

In questo contesto, chiarisce la Corte di Cassazione, la diversa quantificazione o specificazione della pretesa, fermi i fatti

[2] L'art. 437 c.p.c. stabilisce che: "Nell'udienza il giudice incaricato fa la relazione orale della causa.

costitutivi di essa, non comporta prospettazione di una nuova *causa petendi* in aggiunta a quella dedotta in primo grado e, pertanto, non dà luogo ad una domanda nuova, come tale inammissibile in appello.

Sulla base dei suddetti principi, nella fattispecie sottoposta al vaglio della Suprema Corte il lavoratore ha semplicemente enunciato un criterio di interna divisione del credito vantato nei confronti delle società convenute senza apportare alcuna modifica all'originario *petitum*.

In particolare il ricorrente, in sede di appello, senza mutare i fatti costitutivi del diritto azionato né le situazioni giuridiche prospettate nel proprio atto introduttivo, ha indicato lo stesso *petitum* formulato nel giudizio di primo grado limitandosi a prospettarne una mera ripartizione interna fra i diversi co-debitori solidali.

La Corte di Cassazione ha altresì deliberato il secondo motivo di ricorso proposto dal lavoratore (violazione e falsa applicazione dell'art. 29 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276), rilevando come detta norma e la *ratio* che la sottende impongano di ritenere che l'ordinamento abbia inteso garantire il lavoratore circa il pagamento dei trattamenti retributivi dovuti in relazione all'appalto avendo, limitatamente ad esso, come debitore non solo il datore di lavoro, ma anche l'impresa appaltante e gli eventuali subappaltatori, in relazione al periodo del rapporto lavorativo coinvolto dall'appalto.

La Suprema Corte afferma che il regime della solidarietà sancito dalla disposizione richiamata presuppone solo l'accertamento dell'inadempimento dell'obbligazione a carico dei coobbligati solidali, posto che la ripartizione interna dei debiti attiene esclusivamente al rapporto intercorrente fra gli stessi.

Tale logica solidaristica che caratterizza il rapporto fra l'appaltatore ed il committente, sancita dall'art. 29 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, induce a ritenere non divisibili le conclusioni cui è giunta la Corte di Appello di Torino, laddove essa ha posto a carico del lavoratore - ritenendolo non assolto - l'onere di provare l'entità dei debiti gravanti su ciascuna delle società appaltatrici convenute in giudizio, sul rilievo che il materiale probatorio acquisito non aveva consentito di ricostruire in termini analitici le prestazioni eseguite in favore della Beta S.p.A. e della Gamma S.p.A. e, dunque, i fatti costitutivi del diritto azionato.

Poiché, secondo la Corte di Cassazione, sono circostanze assolutamente non contestate (i) la sussistenza di un rapporto di

appalto tra la società di telefonia e le società Beta S.p.A. e Gamma S.p.A., (ii) l'esistenza di un rapporto di subappalto tra queste ultime e Alfa, nonché (iii) lo svolgimento dell'attività lavorativa da parte del ricorrente, l'eventuale incertezza di attribuzione dell'opera in termini quantitativi fra le società appaltatrici non può ricadere a carico del lavoratore, il quale correttamente si è limitato ad imputare la propria attività per l'intero periodo dedotto in lite, alle opere concesse in appalto a Beta S.p.A. e Gamma S.p.A. con allegazione che non postulava la necessità di svolgimento di ulteriori precisazioni, stante il vincolo di solidarietà che avvince il committente, l'appaltatore ed il subappaltatore in base al quale ciascuno di essi può essere costretto all'adempimento per la totalità, secondo quanto stabilito dall'art. 1292 c.c.^[3]

3. L'art. 163 c.p.c. e l'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c.

La sentenza in commento, pur menzionando le norme del Codice di Procedura Civile dettate in materia di controversie individuali di lavoro (ed in particolare l'art. 437 c.p.c. che prevede il divieto di nuove domande ed eccezioni in sede di udienza di discussione), offre comunque lo spunto per una breve disamina dell'art. 163 c.p.c., avente ad oggetto il contenuto dell'atto di citazione, e l'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c., disciplinante la possibilità di modificare e/o integrare le domande già articolate.

Ai sensi dell'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c., l'atto di citazione deve necessariamente contenere, tra l'altro, l'*"esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni"* (c.d. *causa petendi*).

In virtù del tenore letterale del citato art. 163 c.p.c. e tenuto altresì conto di quanto espressamente previsto dall'art. 125 c.p.c., a norma del quale la citazione deve necessariamente contenere *"le ragioni della domanda e le conclusioni"*, nell'atto di citazione non possono assolutamente mancare:

- i fatti storici posti a fondamento della domanda;
- le norme giuridiche che prevedono, da un lato, la fattispecie astratta, cui le particolari circostanze di causa possono essere ricondotte e, dall'altro, le conseguenze in diritto che discendono dalla realizzazione della fattispecie, coincidenti con la pretesa fatta valere in causa.

Ciò che effettivamente individua la *causa petendi*, tuttavia, è il collegamento con i fatti costitutivi del diritto, come evidenzia il Legislatore stesso, affiancando sempre il fatto al diritto (*"dei fatti e degli elementi di diritto"*, ex art. 163 c.p.c.);

[3] L'art. 1292 c.c. prevede che: *"L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori"*.

la *causa petendi* si risolve, dunque, nel riferimento concreto a quel fatto o quei fatti.

Causa petendi e fatti, pertanto, devono sempre essere affiancati in quanto assumono rilevanza solo se associati.

La *ratio* dell'art. 163 c.p.c. è quindi quella, da un lato, di consentire al Giudice di poter valutare in maniera compiuta tutti i fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda e, dall'altro, di assicurare al convenuto il legittimo diritto di difesa al medesimo spettante.

Da tale impostazione deriva, quindi, la conseguente formulazione del comma 6, n. 1, dell'art. 183 c.p.c., a norma del quale alle parti è concesso “un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte” (c.d. *emendatio libelli*).

Le parti, perciò, non sono legittimate ad introdurre nell'ambito del giudizio nuovi temi di indagine precedentemente non sottoposti all'analisi del Giudice, prospettando una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche in precedenza non esposte (c.d. *mutatio libelli*).

4. L'orientamento della Suprema Corte di Cassazione e della dottrina formatosi nel tempo sulla distinzione tra *mutatio* ed *emendatio libelli*

Secondo il consolidamento insegnamento degli Ermellini, al fine di poter comprendere appieno la distinzione tra *mutatio libelli* ed *emendatio libelli* occorre muovere dalla distinzione tra diritti auto-determinati ed etero-determinati.

In particolare, nel caso di diritti auto-determinati, quali ad esempio la proprietà o i diritti reali di godimento, l'allegazione di fatti nuovi costituisce mera *emendatio libelli* (così Cass. Civ. Sez. 1, 21 aprile 1999, n. 3950^[4]).

Nel caso, invece, di diritti etero-determinati, quali ad esempio i diritti di credito, se muta il nucleo dei fatti collegati con la domanda, si ha *mutatio libelli* (*ex multis*, Cass. Civ., Sez. 3, 6 aprile 2001, n. 5152; Cass. Civ., Sez. 2, 8 settembre 1997, n. 8717; Cass. Civ., Sez. 1, 27 marzo 1995, n. 3592).

Nonostante tali fondamentali chiarimenti, la complessità e la delicatezza della tematica hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte le quali, con la pronuncia n. 12310 del 15 giugno 2015, hanno tracciato i confi-

ni in ordine al binomio *mutatio-emendatio libelli*.

Con tale rivoluzionaria sentenza le Sezioni Unite, infatti, pur mantenendo salda l'impossibilità di introdurre una *mutatio* nel corso della lite, hanno ampliato notevolmente i margini di ammissibilità dell'*emendatio*, possibile purché la domanda, così modificata, risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio.

Come si legge nella citata pronuncia “la modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (**petitum e causa petendi**), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali”.

In linea di principio, come si evince dalla massima appena citata, non v'è dubbio sulla contrapposizione teorica fra *mutatio libelli* (vietata) ed *emendatio libelli* (consentita), tuttavia la Corte sostiene che la *mutatio libelli*, da reputarsi in assoluto preclusa, si riscontrerebbe soltanto laddove “(...) si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum*^[5] diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima, ed in particolare su di un fatto costitutivo differente, così ponendo al giudice un nuovo tema d'indagine e spostando i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo (...)”

Più recentemente, gli Ermellini hanno avuto modo di confermare il predetto orientamento (Cass. Civ., Sez. 3, 18 gennaio 2016, n. 668).

Con l'ancora più attuale sentenza n. 22404 del 13 settembre 2018, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno ulteriormente chiarito che “precisare” e “modificare” (*emendatio libelli*) non vuol dire modificare totalmente la domanda o, tanto meno, formulare domande nuove, ma solamente rettificare (senza, di norma, mutare i fatti principali allegati) la portata delle domande con riguardo al medesimo *petitum* ed alla medesima *causa petendi*.

Se, invece, si “mutasse” uno o entrambi questi elementi, si darebbe luogo alla proposizione di una domanda nuova,

[4] Si legge nella citata pronuncia che: “La ‘causa petendi’ delle azioni a difesa della proprietà o della comproprietà è lo stesso diritto vantato dall'attore e non il titolo (usufrutto, contratto, successione, ecc.) che ne costituisce la fonte; sicché, la specificazione del modo di acquisto del diritto reale a difesa del quale si agisce non comporta, in quanto rivolta a determinare più compiutamente la ‘causa petendi’, mutamento della domanda e della situazione giuridica con essa fatta valere e non dà luogo in appello alla proposizione di una domanda, nuova preclusa dall'art. 345 c.p.c.”.

[5] Il *petitum* si intende - sotto il profilo formale - come provvedimento giurisdizionale richiesto, e - sotto l'aspetto sostanziale - come bene della vita di cui si chiede il riconoscimento o la negazione (Cass. Civ., Sez. 1, n. 20294/2014; Cass. Civ. Sez. 3, n. 18783/2009).

il cui divieto è implicito nella formulazione dell'art. 183 c.p.c. e, d'altra parte, imposto dalle esigenze del contraddittorio[6].

Su tali tematiche è intervenuta anche autorevole dottrina secondo cui, in sede di *precisazione*, è consentito alla parte di chiarire le precedenti deduzioni ove oscure, di rendere esplicito l'oggetto della domanda, se necessario anche mediante allegazione di fatti c.d. secondari, in quanto tali inidonei ad un mutamento della domanda[7].

Più ampia portata riveste, invece, l'attività di *modificazione* che consente la deduzione di fatti principali nuovi, ammet-

tendosi, pertanto, anche la sostituzione di alcuni elementi costitutivi, sempre che ciò non comporti un mutamento radicale del *petitum* e della *causa petendi* originariamente indicati, in particolare dovendosi escludere che possa essere inciso il "*nucleo originario*" dei fatti costitutivi allegati con gli atti introduttivi[8].

Al di fuori dei limiti sopraindicati, il *mutamento* della domanda o dell'eccezione è da considerarsi illegittimo poiché rientra nell'ipotesi della "*mutatio libelli*", ossia il mutamento in senso proprio, ed il relativo vizio può essere rilevato d'ufficio dal Giudice[9].

[6] Sul punto, G. FINOCCHIARO ed ENRICA POLI in *Commentario del codice di procedura civile*, tomo II, Milano, 2012, pag. 210; Cfr. CARRATTA-TARUFFO - *Poteri del giudice: art 112-120*, in *Commentario del Codice di procedura civile a cura di Sergio Chiarloni, Libro primo: Disposizioni generali*, Bologna, 2011, pag. 87-88; COMOGGIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile, I*, Bologna, 2011, pag. 409, in cui per TARUFFO la precisazione consiste nell'aggiunta di specificazioni alle domande o eccezioni già formulate, ma può ricomprendere anche l'indicazione di ulteriori fatti secondari e circostanze collaterali idonee a chiarire il contenuto delle allegazioni relative ai fatti principali di causa. Parte della dottrina reputa, invece, la mera precisazione delle domande e delle eccezioni deve intendersi liberamente consentita per tutto il corso del processo, ammettendosi inoltre che in tale ambito possano farsi rientrare "*le allegazioni che si traducono nella specificazione o nella modificazione di elementi del tutto marginali relativi ai fatti principali*", v. BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. It.*, 1996, IV, pag. 276 ss.

[7] Al riguardo si veda A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. c.p.c. diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, pag. 1059 e seguenti; G. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, Milano, 1958, pag. 79; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, pag. 36 e seguenti.

[8] Occorre chiarire a tal proposito la distinzione tra fatti principali e fatti secondari. In TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 32-33 si legge che i fatti principali comprendono i fatti costitutivi o i fatti c.d. "nuovi", mentre i fatti secondari sono delle circostanze che il giudice potrà utilizzare come fonti di prova. In G. FRUS, *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali: soggetti, oggetto e modalità della contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 1, pag. 75 si legge che i fatti principali sono "*quelli immediatamente rilevanti per la singola fattispecie, quali fatti costitutivi posti a fondamento del diritto dedotto in giudizio, oppure quali fatti impeditivi, modificativi o estintivi, posti a fondamento di un'eccezione*"; i fatti secondari, invece, "*sono fatti dedotti in giudizio con esclusiva funzione probatoria, al fine di dimostrare l'esistenza dei fatti principali*".

[9] CARRATTA-TARUFFO - *Poteri del giudice: art 112-120*, in *Commentario del Codice di procedura civile a cura di Sergio Chiarloni, Libro primo: Disposizioni generali*, Bologna, 2011, pag. 91 e seguenti, in particolare secondo CARRATTA la differenza della modificazione dalla precisazione sarebbe data dalla circostanza che con la prima attività la parte allega nuovi fatti principali rispetto a quelli originari posti alla base della domanda o dell'eccezione ma in modo tale da non comportare anche un mutamento della *causa petendi* e del *petitum*, mentre con la seconda si limita o ad esplicitare il contenuto dei fatti (principali) già allegati o ad allegare nuovi fatti secondari.

NOTIFICAZIONI INTEMPESTIVE

Decesso del destinatario della notifica ex art. 331 c.p.c. e oneri del notificante: alle Sezioni Unite una nuova questione in tema di notificazioni intempestive Nota a Cass. Civ., Sez. II, 10 dicembre 2018, n. 31847

di Alessia D'Addazio

DEL 12 MARZO 2019

Sommario

Osservazioni introduttive

Il precedente delle Sezioni Unite del 2005: l'assegnazione di nuovo termine perentorio

I precedenti delle Sezioni Unite del 2009 e del 2016: l'onere di tempestiva attivazione

Conclusioni

Osservazioni introduttive

Cass. Civ., Sez. II, 10 dicembre 2018, n. 31847

Con l'ordinanza interlocutoria in esame, la Seconda Sezione Civile della Corte di cassazione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione se, nell'ipotesi in cui, in sede di notificazione dell'ordine di integrazione del contraddittorio, risulti il decesso del destinatario, il notificante possa richiedere al giudice l'assegnazione di un (ulteriore) termine perentorio per procedere al perfezionamento dell'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'erede della parte defunta ovvero se debba riattivarsi immediatamente e spontaneamente per perfezionare l'iter notificatorio nel più breve tempo possibile.

Nel secondo grado del giudizio che ha condotto alla rimessione *de quo*, infatti, la Corte d'appello aveva ordinato agli appellanti di provvedere, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza, all'integrazione del contraddittorio nei confronti di due soggetti. I notificanti, nel termine concesso dalla Corte d'appello, apprendevano del de-

cesso di uno dei destinatari della notifica *ex art. 331 c.p.c.* e solitamente si riattivavano per perfezionare l'integrazione del contraddittorio nei confronti di due eredi del destinatario della notifica deceduto (il quale rivestiva la posizione di litisconsorte sia sostanziale che processuale). I notificanti mancavano, tuttavia, di notificare l'integrazione del contraddittorio nei confronti di una terza erede del defunto litisconsorte. Sicché, non essendosi perfezionata la notificazione *ex art. 331 c.p.c.*, stante l'omessa integrazione del contraddittorio nei confronti della terza erede, l'impugnazione veniva dichiarata inammissibile, nonostante, a dire della Corte d'appello, "*fosse agevole prendere visione della denuncia di successione*"^[1] e gli appellanti potessero, comunque, "*chiedere la rimessione in termini per la notifica all'altro erede*". Contro la pronuncia della Corte d'appello proponevano ricorso per cassazione gli appellanti, deducendo, fra l'altro, la violazione dell'*art. 331 c.p.c.*

Costituisce principio pacifico che in caso di morte della parte la legittimazione attiva e passiva si trasmetta a tutti gli eredi,

[1] Tale rilievo del giudice di merito non pare condivisibile, atteso che la dichiarazione di successione, istituto di natura e finalità fiscale-tributaria, può essere presentata entro dodici mesi dal decesso del defunto (evento questo che potrebbe rilevare per la fattispecie in esame ben prima dei dodici mesi) e che vi sono dei casi, collegati all'effettiva consistenza e composizione dell'asse ereditario, in cui essa non risulta obbligatoria. Tanto è sufficiente per escludere che si possa estendere tale onere a tutte le ipotesi di decesso del destinatario della notificazione *ex art. 331 c.p.c.*

a prescindere dalla scindibilità del rapporto sostanziale che costituisce oggetto del processo, configurandosi così una situazione di litisconsorzio necessario processuale, come letteralmente induce a ritenere l'art. 110 c.p.c.[2]. Di conseguenza, l'impugnazione deve essere proposta nei confronti di tutti gli eredi della parte deceduta[3]. In mancanza di notificazione a tutti gli eredi della parte defunta, il giudice dell'impugnazione deve ordinare l'integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c. (trattandosi di litisconsorzio necessario) nei confronti degli altri coeredi e fissare un termine perentorio a pena di inammissibilità dell'impugnazione.

Nel campo delle notificazioni, invero, a partire dalle pronunce della Corte Costituzionale 26 novembre 2002, n. 477 e 23 gennaio 2004, n. 28, a seguito delle quali la regola della scissione del momento perfezionativo della notifica per taluni effetti ha trovato finalmente un addentellato nel codice di rito (v. *infra*), si è consolidato il principio secondo cui le conseguenze negative del procedimento notificatorio non possono incidere sul notificante che non le abbia colpevolmente causate.

Nel caso di decesso della parte nei cui confronti il giudice abbia disposto l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., allora, le Sezioni Unite sono chiamate ad indicare di quali norme e principi debba farsi applicazione per non smentire, da un lato, la perentorietà del termine prescritta dalla norma e, dall'altro, il principio – poc'anzi richiamato – secondo cui non può farsi ricadere sul notificante che abbia tempestivamente iniziato il procedimento di notificazione l'esito negativo dello stesso in assenza di sua colpa o volontà[4].

La Sezione rimettente richiama, nella descrizione diacronica

della principale giurisprudenza registrata sul punto, due sentenze delle Sezioni Unite, del 2005 e del 2009, pronunciate con riferimento a fattispecie diverse (di cui la prima analoga a quella sottesa all'ordinanza di rimessione *de quo*), l'una favorevole all'assegnazione al notificante di un ulteriore termine per il perfezionamento della notificazione, l'altra – attenta alle implicazioni del principio dell'asimmetria, *rectius* scissione degli effetti della notifica – favorevole alla valutazione caso per caso della tempestività con cui il notificante si sia riattivato per portare a compimento il procedimento notificatorio. Le soluzioni fornite sono dunque diverse e incompatibili sotto il profilo applicativo. Entrambe, però, risultano potenzialmente idonee a dettare, in assenza di specifica prescrizione normativa, una disciplina applicabile al notificante non volontariamente tardivo nell'integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c. nei confronti degli eredi del destinatario originario della notificazione. Con la remissione alle Sezioni Unite, dunque, la Corte prospetta l'opportunità di individuare quale delle due soluzioni meriti accoglimento nell'attuale panorama giurisprudenziale[5].

Sarebbe allora auspicabile, con riferimento a tale disposizione, un intervento del legislatore volto a ristabilire l'asimmetria della disciplina.

Il precedente delle Sezioni Unite del 2005: l'assegnazione di nuovo termine perentorio

Con la sentenza del 21 gennaio 2005, n. 1238[6], le Sezioni Unite hanno affrontato la medesima fattispecie sottesa all'ordinanza interlocutoria che si annota[7] per rimeditare l'orientamento allora dominante, il quale, esprimendosi in termini restrittivi, forse dettati anche dai limiti sofferti dall'i-

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

[3] A norma dell'art. 330, comma 2, c.p.c., se il decesso della parte si verifica dopo la notificazione della sentenza, la notificazione dell'impugnazione può essere eseguita collettivamente e impersonalmente agli eredi della parte defunta; tale disposizione non rileva nella fattispecie che ha condotto all'ordinanza interlocutoria, avendo l'impugnante provveduto a notificare personalmente l'impugnazione a due eredi del destinatario deceduto e non essendo specificato se l'impugnazione sia stata proposta nel termine breve ex art. 325 c.p.c. ovvero nel termine lungo di decadenza di cui all'art. 327 c.p.c.

[4] Sul punto, nell'ordinanza vengono richiamate Cass., 27 ottobre 2008, n. 25860 e Cass., 11 aprile 2016, n. 6982.

[5] Sempre in tema di decesso della parte dopo la pubblicazione del provvedimento definitivo, un aspetto non trattato dall'ordinanza interlocutoria (dalla quale non emerge se l'impugnazione sia stata proposta nel termine breve o lungo) attiene alla disciplina dell'art. 328 c.p.c., il quale dispone che il decesso della parte cui sia stata notificata la sentenza comporta l'interruzione del termine breve e che il nuovo termine (breve) decorre dal momento in cui la notificazione è rinnovata. Quanto al termine lungo, l'art. 328, ultimo comma, c.p.c. continua a stabilire, nonostante l'intervenuto dimezzamento del termine di decadenza ex art. 327 c.p.c. da un anno a sei mesi, che, se dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza interviene la morte di una parte, il termine lungo è prorogato per tutte le parti di ulteriori sei mesi. Si tratta di un evidente difetto di coordinamento tra norme, rispetto al quale deve ritenersi che la norma come formulata ad oggi sia inoperante, se non tacitamente abrogata.

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

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

stituto della rimessione in termini nella disciplina vigente *ratione temporis* (atteso che, nella formulazione vigente fino al 2009, la rimessione in termini era disciplinata all'art. 184-bis c.p.c. e dunque il suo ambito applicativo veniva limitato al procedimento dinanzi al tribunale, salva l'applicazione dell'art. 359 c.p.c.), stabiliva che, in caso di decesso del destinatario della notifica ex art. 331 c.p.c., la notificazione dovesse essere rinnovata nei confronti degli eredi di quest'ultimo entro l'originario termine assegnato dal giudice dell'impugnazione^[8]. Le Sezioni Unite, sulla scia della giurisprudenza costituzionale in materia di notificazioni di poco precedente, forse animate dalla tendenza a favorire l'estensione dello spazio operativo dell'istituto della rimessione in termini alla materia delle impugnazioni - oggetto di dibattito nell'ambito del progetto di riforma del codice di procedura civile ad opera della commissione presieduta dal prof. Romano Vaccarella^[9] - hanno espresso il principio per il quale, in caso di morte del destinatario della notifica per integrazione ex art. 331 c.p.c., al notificante debba essere assegnato un nuovo termine perentorio per il compimento della notificazione agli eredi della parte defunta. L'intervento nomofilattico ha dato seguito *expressis verbis* alle pronunce della Consulta rese tra il 2002 e il 2004 in tema di notificazione degli atti^[10], con le quali è stato consacrato il principio - che già pervadeva la giurisprudenza di legittimità^[11] - della scissione per taluni effetti (processuali, e, a seguito di un posteriore intervento del giudice di legittimità, in parte anche so-

stanziali^[12]) del momento perfezionativo della notifica per notificante e notificato, poi codificato con l'introduzione, ad opera del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51, del terzo comma dell'art. 149 c.p.c.

Dopo aver ribadito i fondamenti costituzionali che hanno sorretto l'enunciazione di tale principio, richiamando in particolare il principio di ragionevolezza^[13], le Sezioni Unite esimono da responsabilità il notificante che, dopo aver tempestivamente espletato l'adempimento a lui spettante ai sensi dell'art. 331 c.p.c., non riesca a portare a termine il procedimento notificatorio a causa di un evento che non era tenuto a conoscere e di cui viene messo al corrente solo a seguito della ricezione della relata di notifica negativa dell'ufficiale giudiziario. E ciò in quanto addebitare gli effetti negativi (*i.e.* inammissibilità ex art. 331 c.p.c. dell'impugnazione) al notificante risulterebbe contrario al principio di ragionevolezza e alle garanzie costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Costituzione, non potendosi equiparare l'inerzia prevista dall'art. 331, comma 2, c.p.c., con il tempestivo compimento del procedimento notificatorio, seppure non perfezionato, e non potendosi ammettere la compressione del diritto di difesa (*recte*, azione) alla parte che, pur attivandosi tempestivamente, non riesca a compiere l'attività prescritta dal giudice nel termine da questi fissato per una causa ad essa non imputabile.

Nel panorama giurisprudenziale non mancavano, comunque, pronunce favorevoli all'assegnazione della remissione in ter-

[8] Ad eccezione del caso in cui il decesso si fosse verificato nella pendenza di detto termine e che tale circostanza venisse debitamente provata: Cass. 7 ottobre 1991, n. 10469; Cass. 28 novembre 1997, n. 12033; Cass. 9 ottobre 2000, n. 13393; Cass. 13 febbraio 2004, n. 2778.

[9] Caponi, *Un passo delle sezioni unite della Cassazione*, cit., 2402.

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

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

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

[13] Sul punto, v. Cass. 9 dicembre 2015, n. 24822 (nota precedente) ove espressamente si riconosce che "nell'impostazione della Corte Costituzionale il parametro del diritto di difesa appare svolgere una funzione logica complementare e aggiuntiva: il vero parametro di costituzionalità è il principio di ragionevolezza".

mini in relazione all'inosservanza incolpevole dell'ordine di integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c.^[14] Il *quid novi* della pronuncia del 2005 consiste nel collegamento creato tra la soluzione offerta della rimessione in termini del notificante e le argomentazioni costituzionali, tempestivamente recepite, focalizzate sull' "interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri d'impulso". E tanto si spiega proprio per la particolarità della fattispecie, in cui l'evidenza della non imputabilità al notificante della ragione del non perfezionamento della notificazione è quanto mai oggettiva, consistendo nel decesso del destinatario della notifica. Proprio in questo caso, allora, la soluzione offerta mostra il limite della teoria costituzionale elaborata dalla Consulta e recepita dal giudice di legittimità: l'anticipazione degli effetti della notifica per il notificante, che costituisce il nucleo del principio della scissione degli effetti della notifica per taluni effetti come elaborata dalla Corte Costituzionale - è caratterizzata da una insita precarietà e provvisorietà ed è destinata a consolidarsi definitivamente solo con la recezione dell'atto da parte del notificato (o con l'evento considerato dalla legge come equivalente alla ricezione)^[15]. In assenza di tale evento, gli effetti della notificazione, seppure anticipati, vengono meno. Ma far venir meno tali effetti per il ritardo non volontariamente tenuto dal notificante è lesivo delle garanzie costituzionali in ambito processuale, sicché pare opportuno ricondurre il sistema a ragionevolezza prevedendo uno strumento (*i.e.* la rimessione in termini) che consente di superare la causa di inammissibilità dell'impugnazione^[16].

Invero, sotto il profilo della non imputabilità degli eventi al notificante, non v'è differenza tra l'ipotesi decesso del destinatario e tutte le ipotesi in cui il ritardo nel compimento della notificazione sia riferibile agli altri soggetti che intervengono nel procedimento notificatorio, in quanto le attività di tali soggetti rimangono al di fuori della sfera di disponibilità di colui che richiede e attiva l'iter di notifica^[17]. In una prospettiva generale, che oltrepassa il perimetro delineato dall'ordinanza interlocutoria in esame, per quanto, in caso di notificazione tardiva o rimasta incompiuta, sotto il profilo della dimostrazione dell'assenza di colpa del notificante, il decesso del destinatario e la responsabilità del ritardo ascrivibile ai soggetti che compiono il procedimento notificatorio su richiesta del notificante differiscano tra loro^[18], non vi sono ragioni per ritenere che il principio della rimessione in termini espresso per la prima ipotesi non possa essere esteso anche alle circostanze che rientrano nella seconda ipotesi, sotto l'egida dei diritti costituzionali e del principio di ragionevolezza invocati dalla pronuncia delle Sezioni Unite.

I precedenti delle Sezioni Unite del 2009 e del 2016: l'onere di tempestiva attivazione

Pochi anni dopo, le Sezioni Unite, si sono pronunciate, con la sentenza del 24 luglio 2009, n. 17352^[19], in materia di notificazione tardiva in un caso in cui la notificazione dell'impugnazione di una pronuncia del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche era avvenuta oltre il termine lungo a causa del trasferimento dell'avvocato presso cui si era eletto domicilio, essendo stata effettuata tempestivamente ma all'indiriz-

[14] Cass. 6 febbraio 2004, n. 2292 ove si afferma che "Perché, in particolare, il giudice possa, legittimamente, concedere un nuovo termine ex art. 331 c.p.c. è indispensabile, in primis, non tanto che il precedente termine non sia stata rispettato per una causa di forza maggiore ma che la parte onerata dell'ordine di integrazione del contraddittorio abbia rispettato il precedente termine, sia pure attraverso una notifica «nulla»"; Cass. 19 agosto 2003, n. 12179 che limita la proponibilità dell'istanza di rimessione in termini alla vigenza del termine assegnato originariamente ex art. 331 c.p.c.; Cass. 15 luglio 2003, n. 11072; Cass. 5 luglio 2001, n. 9090; Cass. 5 luglio 2000, n. 8952; Cass. 24 luglio 1999, n. 8009; Cass. 13 luglio 1995, n. 7658, ove si sostiene che "la sanzione di inammissibilità dell'impugnazione prevista dall'art. 331 c.p.c. per l'ipotesi di mancata integrazione del contraddittorio nel termine fissato dal giudice può escludersi solo se la parte interessata non sia stata in grado di rispettare il termine a causa di fatti ad essa non imputabili né per dolo né per colpa», precisando, peraltro, contestualmente che è onere della parte fornire la prova di non avere potuto rispettare il termine per fatti a essa non imputabili"; Cass. 26 ottobre 1992, n. 11626.

[15] Caponi, *Un passo delle sezioni unite della Cassazione verso la rimessione nei termini di impugnazione*, in *Foro It.*, 2005, I, 2402.

[16] Sul punto, v. ancora Caponi: "poiché il nostro sistema prevede però una pluralità di procedimenti di notificazione tra loro distinti e, sul piano della teoria della fattispecie, risulta difficile agganciare un effetto giuridico preliminare di un procedimento che poi non si è perfezionato ad un successivo e diverso procedimento, questa estensione della regola de qua [la regola introdotta dalla Corte Costituzionale di evitare che il notificante subisca una decadenza dovuta al ritardo a lui non imputabile nell'esecuzione della notificazione, ndr] si risolve in realtà in una rimessione in termini del notificante", *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153, 2° comma, c.p.c.)*, in *Foro It.*, 2009, V, 286.

[17] Ivi, 2403.

[18] L'assenza di colpa del notificante emerge, nella prima ipotesi, in caso di notificazione eseguita a persona fisica dall'ufficiale giudiziario o a mezzo cronologico, *ictu oculi*, dalla relata di notifica negativa ovvero dalla ricevuta di consegna riconsegnata al notificante dal servizio postale.

[19] Pres. Elefante - Rel. Toffoli, in *Giust. civ.*, 2009, 1274 ss.

zo sbagliato, e così rinnovata all'indirizzo corretto, ma tardivamente rispetto al termine *ex art. 327 c.p.c.*[20]. Richiamando una precedente pronuncia delle medesime Sezioni Unite 2006[21] (seguita da ulteriori pronunce a sezione semplice[22]) nella quale era stato affermato che gli stessi principi posti alla base della scissione degli effetti della notifica (artt. 3 e 24 Costituzione, contemperamento degli interessi delle parti coinvolte, principio di ragionevolezza) giustificavano una interpretazione costituzionalmente orientata anche nell'ipotesi di incolpevole mancato esito del procedimento notificatorio, si è così rilevato che le esigenze di continuità e speditezza che caratterizzano il procedimento di notificazione - in quanto fattispecie a formazione progressiva connotata da una sequenza diacronica di atti produttivi di effetti disallineati sotto il profilo temporale per mittente e destinatario - sarebbero contraddette laddove, tramite l'istituto della rimessione in termini, venisse demandato al notificante di ricorrere al giudice per porre rimedio agli effetti negativi della tardività del perfezionamento della notificazione. E ciò anche nell'ottica di una interlocuzione necessaria e fisiologica tra notificante e ufficiale giudiziario, potenzialmente idonea a fornire *“sostanziale unità al procedimento quando, dopo che una prima fase del procedimento non abbia avuto positiva conclusione per l'accertata mancata corrispondenza della situazione di fatto a quella indicata dall'istante, quest'ultimo fornisca ulteriori indicazioni ai fini del perfezionamento della notificazione”*.

Il giudice di legittimità, dunque, include il principio di ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Costituzione) nel novero delle garanzie che sorreggono la logica delle regole in tema di notificazioni e ne trae la *ratio* per sostenere che *“la necessità di una previa costituzione in giudizio per la ri-*

chiesta di un provvedimento giudiziale sulla rinnovazione della notificazione comporta un rilevante allungamento dei tempi del giudizio, oltre che un appesantimento delle procedure”. Viene così enunciato il principio di diritto secondo cui, in caso di mancato perfezionamento dell'iter notificatorio in un termine perentorio per causa non imputabile al notificante, questi ha l'onere di chiedere la ripresa del procedimento di notificazione entro un termine ragionevole per salvare la retrodatazione degli effetti della notifica come elaborata dal principio di scissione. La ragionevolezza del termine si ricava, a detta delle Sezioni Unite, dai tempi necessari che la prassi e la comune diligenza richiedono per conoscere degli esiti di una notificazione e fornire le informazioni ulteriori necessarie per la sua ripresa. Le pronunce successive a tale intervento hanno fatto applicazione del principio così enunciato[23] anche, come viene ricordato nell'ordinanza interlocutoria, in ipotesi di tardività della notificazione rinnovata a seguito del decesso del destinatario della notifica (Cass. 6 giugno 2012, n. 9114). Successivamente, con la sentenza del 15 luglio 2016, n. 14594, le Sezioni Unite, tornando ad occuparsi del tema della tardività della notificazione dell'impugnazione dovuta al trasferimento del procuratore presso cui la parte aveva eletto domicilio, perfezionatasi oltre il termine lungo di un anno *ex art. 327 c.p.c.* vigente *ratione temporis*, dopo aver escluso l'imputabilità della tardività alla notificante[24], affermano che *“dal sistema sia anche desumibile un limite massimo del tempo necessario per riprendere e completare il processo notificatorio relativo alle impugnazioni, una volta avuta notizia dell'esito negativo della prima richiesta. Tale termine può essere fissato in misura pari alla metà del tempo indicato per ciascun tipo di atto di impugnazione dall'art. 325 c.p.c.”*[25], fatta salva la possibilità di provare che tale termi-

[20] Al riguardo, le Sezioni Unite, richiamando una loro pronuncia di poco precedente (Cass. sez. un., 18 febbraio 2009, n. 3818) chiariscono anche che *“nel caso di difensore che svolga le sue funzioni nello stesso circondario del Tribunale a cui egli sia professionalmente assegnato, è onere della parte interessata ad eseguire la notifica accertare, anche mediante riscontro delle risultanze dell'albo professionale, quale sia l'effettivo domicilio professionale del difensore, con la conseguenza che non può ritenersi giustificata l'indicazione nella richiesta di notificazione di un indirizzo diverso, ancorché eventualmente corrispondente a indicazione fornita dal medesimo difensore nel giudizio non seguita da comunicazione nell'ambito del giudizio del successivo mutamento”*; indirizzo da ultimo ribadito da Cass. 28 febbraio 2019, n. 5997.

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

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

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

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

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

ne non sia stato sufficiente per le particolari e specifiche difficoltà incontrate nella rinnovazione della notifica[26].

Una siffatta pronuncia è evidentemente scaturita dalla sensazione di incertezza del diritto derivante dall'applicazione del principio (affermato nel 2009) dell'onere di immediata riattivazione del notificante, che, non constando di riferimenti e quantificazioni temporali, richiedeva di compiere singole valutazioni caso per caso, al fine di verificare se tale onere fosse stato rispettato o meno.

Tanto ha condotto la Corte ad adottare un approccio, più che nomofilattico, di vera e propria creazione legislativa, giustificata dal ragionevole fine di porre fine alle asimmetriche applicazioni del principio precedentemente enunciato e così promuovere una risposta di giustizia più equa e prevedibile[27].

Conclusioni

Alle Sezioni Unite spetta dunque di individuare il principio da applicare alla circostanza di decesso del destinatario della notifica *ex art. 331 c.p.c.*, selezionando una soluzione tra quella formulata nel 2005, con riferimento alla medesima circostanza e incline all'applicazione della richiesta al giudice della rimessione in termini per l'esatto compimento della notificazione, e quella, successivamente formulata con riferimento alle ipotesi generiche di notificazione dell'impugnazione, che onera il notificante di attivarsi per il perfezionamento dell'iter notificatorio non conclusosi per causa a questi non imputabile senza ulteriore dispendio di tempo.

Se la prima soluzione consente di salvaguardare il rispetto delle norme (a tutta salvezza del principio di certezza del diritto) sotto i profili, da un lato, della perentorietà del termine di cui all'*art. 331 c.p.c.*, e, dall'altro, della possibilità della parte che sia incolpevolmente incorsa in una decadenza di avvalersi dello strumento della rimessione in termini di cui all'*art. 153*

c.p.c., la seconda soluzione offre la possibilità di garantire la contrazione dei tempi processuali, in ossequio al canone di ragionevole durata del processo (di cui agli artt. 111 Cost., 6 e 13 CEDU) che negli ultimi tempi costituisce un crocevia fondamentale per la soluzione da parte delle Sezioni Unite delle più disparate questioni processuali loro affidate.

V'è da attendersi e auspicare che le Sezioni Unite, adottando quale criterio di scelta e argomentazione il principio di ragionevolezza (come già avvenuto con riferimento ai precedenti interventi sul tema), operino un bilanciamento dei valori in conflitto, seguendo, anche implicitamente, un preciso iter logico-sistematico per compiere una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme coinvolte e dei principi precedentemente espressi, così preferendo la soluzione che consente di salvaguardare il valore che risulta preminente[28].

Ad avviso di chi scrive, nel nostro ordinamento positivo, *de iure condito*, il riferimento temporale che le Sezioni Unite del 2016 hanno introdotto, per quanto animato dai nobili fini di uniformare le valutazioni condotte sulla "solerte diligenza" ovvero sulla tempestività del notificante e di contrarre i tempi processuali, non gode di una tenuta certa e stabile e potrebbe risultare, nelle contingenze e particolarità che connotano le singole vicende processuali, inidoneo per le attività e le fasi che il procedimento di notifica deve attraversare prima del suo perfezionamento.

Pare allora preferibile attenersi a quanto il codice di rito prevede per le ipotesi di decadenza incolpevole dai termini perentori e così affidare al giudice il compito di assegnare un nuovo termine (quantificato sulla base delle evidenze fornite dalla parte che chiede la rimessione in termini), con l'auspicio che all'interno degli uffici giudiziari tali questioni vengano trattate sollecitamente e tempestivamente, nel rispetto del canone della ragionevole durata del processo.

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

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

[28] V. con riferimento all'adozione del criterio del bilanciamento, Cass. 9 dicembre 2015, n. 24822 (*supra*, nota 12), la quale descrive ampiamente i passaggi logici e sistematici che il giudice è chiamato a svolgere con riferimento alle problematiche questioni relative alle notificazioni e alla ricerca del valore preminente tra i principi coinvolti.

GARANZIA FIDEIUSSORIA E TUTELE

Garanzia fideiussoria: eccezioni opponibili dal garante e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.

di Giorgio Mazzone

del 13 marzo 2019

Sommario

1. Rilievi introduttivi
2. La natura della garanzia fideiussoria
3. Le eccezioni opponibili dal garante autonomo in sede di escussione della garanzia
4. La tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.

1. Rilievi introduttivi

L'articolo 103 rubricato “*Garanzie definitive*”, comma 1, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante il “*Codice dei contratti pubblici*” (di seguito “*Codice dei contratti pubblici*”) dispone che: “*L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata 'garanzia definitiva' a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3[1], pari al 10 per cento dell'importo contrattuale e tale obbligazione è indicata negli atti e documenti a base di affidamento di lavori, di servizi e di forniture*”.

Il quarto comma dell'art. 103 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 precisa che “*La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 93, comma 3. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante*”.

La cauzione in esame (denominata anche “*performance bond*”) è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto principale e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazio-

ni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore.

Ne consegue che – in caso di inadempimento delle obbligazioni contrattuali – la stazione appaltante, di regola, escute la polizza fideiussoria costituita dall'appaltatore ai sensi della normativa sopra richiamata.

In questo contesto, qualora il garante intenda opporsi all'escussione della cauzione può introdurre un giudizio ex art. 700 c.p.c. e chiedere l'inibitoria del pagamento delle somme garantite dalla polizza fideiussoria.

L'evoluzione della giurisprudenza ha precisato il regime delle eccezioni opponibili da parte del garante al creditore garantito, anche nell'ambito del giudizio cautelare d'urgenza. Ai sensi dell'art. 93 comma 3 del Codice dei contratti pubblici “*La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto*

[1] L'articolo 93 comma 2 del Codice dei contratti pubblici dispone: “*Fermo restando il limite all'utilizzo del contante di cui all'articolo 49, comma 1, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, la cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti, con bonifico, in assegni circolari o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice. Si applica il comma 8 e, quanto allo svincolo, il comma 9*”.

dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa”.

2. La natura della garanzia fideiussoria

Dopo orientamenti di segno opposto, dottrina e giurisprudenza hanno riconosciuto che la garanzia fideiussoria in esame deve essere qualificata come contratto autonomo di garanzia [2] piuttosto che come fideiussione.

Il contratto autonomo di garanzia è un negozio atipico in forza del quale, nell'ambito di un rapporto negoziale tra la parte debitrice e quella creditrice, un terzo si impegna a eseguire una determinata prestazione economica in favore del creditore nell'eventualità che il debitore non adempia al contratto principale.

La caratteristica fondamentale che differenzia il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è la mancanza dell'elemento della accessorietà, sicché il garante si impegna a pagare al beneficiario senza potergli opporre eccezioni in ordine alla validità e all'efficacia del rapporto principale sottostante [3].

Ne consegue che l'accordo tra il creditore e il garante si caratterizza in termini di autonomia ed indipendenza rispetto al contratto principale.

Ai fini della connotazione del negozio quale contratto autonomo di garanzia, è l'introduzione delle clausole “a prima richiesta” o “senza riserva” ovvero “senza eccezioni”, derogatorie del regime normativo tipico della fideiussione (cfr. articoli 1945 e 1941 c.c.) - imposte dal richiamato articolo 103 del Codice dei contratti pubblici - a ricondurre incontrovertibilmente la cauzione che le contiene alla categoria del contratto autonomo di garanzia.

Questo orientamento - già affermato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità - è stato espresso nella fundamenta-

le sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 18 febbraio 2010, n. 3947 che, chiamata “a definitivamente chiarire i tratti differenziali sul piano morfologico, funzionale e interpretativo, tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia”, li ha individuati, in estrema sintesi, nei seguenti elementi:

- “l'introduzione, nelle condizioni generali di contratto, di clausole di pagamento con diciture ‘a semplice’ o ‘a prima richiesta’, ‘senza eccezioni’ ... manifesta, difatti, una rilevante deroga alla disciplina legale della fideiussione che si sostanzia nell'attribuzione al creditore-beneficiario del potere di esigere dal garante il pagamento immediato, a prescindere da qualsiasi accertamento (e dalla prova da parte del creditore) in ordine all'effettiva sussistenza di un inadempimento del debitore principale”;
- “la diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si riflette sulla causa concreta del contratto autonomo di garanzia la quale risulta essere quella di trasferire da un soggetto a un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa dall'inadempimento colpevole o no: infatti, la prestazione dovuta dal garante è qualitativamente diversa da quella dovuta dal debitore essendo (non quella di assicurare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto ma) semplicemente quella di assicurare soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento”;
- il garante autonomo potrà, poi, “esperire l'azione di regresso ex art. 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito ... senza possibilità per il debitore di opporsi al pagamento richiesto dal garante, né di eccepire alcunché, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento”.

La presenza, dunque, di clausole di questo genere vale di per

[2] In relazione al contratto autonomo di garanzia (c.d. “*Garantievertrag*”) si segnalano, tra gli altri, i seguenti interventi della dottrina: G. Stella, *Le garanzie del credito*, Milano, 2010, 775 ss.; F. Macario, *Garanzie personali*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile. I singoli contratti*, Torino, 2009, 410 ss.; P. Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, *passim*; F. Mastropaolo - A. Calderale, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, Torino, 2006, 532; G.B. Barillà, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt Am Mein, 2005; S. Monticelli, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003, 39 ss.; F. Galgano, *Diritto civile e diritto commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti. I singoli contratti. Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazione. La tutela del credito*, Padova 1999, 492 ss.; G. Bozzi, *Le garanzie atipiche. I. Garanzie personali*, Milano 1999, 3 ss.; M. Viale, *La fideiussione ed il contratto autonomo di garanzia*, in F. Galgano (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, 771 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1992, 512 ss.; E. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano 1989; M. Sesta, *Le garanzie atipiche. I. vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, Padova 1988, 455 ss.; G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria. Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 1044 ss.

[3] Cass. Civ., Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900; in dottrina, v. P. Lambrini, *Eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia. L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006, 140 ss.; P. De Sanna, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano 1988; G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit.

sé a qualificare il negozio *de quo* come contratto autonomo di garanzia in quanto incompatibile con il principio di accessorieta che caratterizza invece la fideiussione [4].

In giurisprudenza, per tutte, v. Cass., Sezioni Unite Civili, 18 febbraio 2010, n. 3947.

In dottrina v. E. Briganti, *Polizza fideiussoria*, in *Notariato*, 2010, 364 ss.; Id, *Garanzie personali atipiche*, Banca borsa tit. cred., 1988, I, 573 ss.; G. Gelfi, *Polizze fideiussorie a garanzia di obbligazioni dell'appaltatore*, in *Dir. pratica soc.*, 2010, 10, 36 ss.

In argomento si è espressa l'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC che, con Determinazione n. 1 del 29 luglio 2014 recante "*Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva*" ha affermato che "*può, dunque, dirsi che il legislatore ha inteso chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, a differenza della fideiussione, priva del vincolo dell'accessorieta, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante*".

3. Le eccezioni opponibili dal garante autonomo in sede di discussione della garanzia

L'autonomia della garanzia atipica di cui consta la tipologia contrattuale in esame si riflette necessariamente sul regime delle eccezioni opponibili dal garante in sede di esecuzione del proprio obbligo a eseguire la prestazione o l'attribuzione convenuta.

In via generale, si deve osservare che non hanno rilevanza nel caso di specie le vicende attinenti al rapporto principale sottostante [5], con la conseguenza che il garante non può opporre al creditore beneficiario le eccezioni relative al rapporto dal quale ha avuto origine il debito garantito quali, ad esempio, quelle relative all'insussistenza dell'inadempimen-

to contestato al debitore principale o alla mancata dimostrazione di un pregiudizio risarcibile.

La previsione, infatti, delle suddette clausole di pagamento attribuisce al creditore beneficiario il potere di esigere dal garante il pagamento immediato, a prescindere da qualsiasi accertamento e dalla prova da parte del creditore medesimo in ordine all'effettiva sussistenza di un inadempimento del debitore principale e di un danno in concreto e ciò proprio in ragione della determinazione forfettaria dello stesso che consegue alla previsione della cauzione [6].

La giurisprudenza – pur aderendo alla rigorosa tesi dell'autonomia sostanziale della garanzia fideiussoria – ha, tuttavia, riconosciuto al garante la possibilità di opporre al creditore beneficiario la c.d. *exceptio doli generalis seu praesentis* (nel prosieguo "*exceptio doli*") che rappresenta una delle più rilevanti estrinsecazioni del ruolo propulsivo dell'ordinamento giuridico assunto dalla recente giurisprudenza.

L'*exceptio doli*, infatti, non trova esplicito riconoscimento nel codice civile ed è ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza – in conformità con la dottrina prevalente [7] – alla stregua del principio di solidarietà che impone a ciascun contraente di esercitare i propri diritti selezionando, fra più modalità possibili, quella meno incisiva della sfera giuridica altrui [8].

Nei limiti di un sacrificio non apprezzabile, dunque, i principi di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c. impongono al titolare del diritto di astenersi dal porre in essere condotte che, seppur formalmente lecite, si traducono in una lesione del diritto della controparte.

In applicazione, dunque, di tali principi, si ritiene che il garante debba opporre al creditore beneficiario l'*exceptio doli* al fine di paralizzare domande di escussione abusive e/o fraudolente [9].

Al riguardo la Corte di Cassazione ha ripetutamente rileva-

[4] Il principio è stato ribadito, di recente, da Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 2018, n. 30181.

[5] In particolare, G. Meo, *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, in Banca borsa tit. di cred., 1995, I, 444 ss.; Id., *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, Contratto impr., 1998, 926-927 ha osservato come la clausola a prima richiesta assume "*la funzione sostanziale di autonomizzazione del diritto al pagamento della garanzia rispetto al contratto sottostante, essendo esclusa, relativamente al rapporto di garanzia, la rilevanza delle eccezioni inerenti al contratto di base*".

[6] In questo senso, v. Cass. Civ., Sez. III, 31 gennaio 2008, n. 2377 e Cass. Civ., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490.

[7] Sull'*exceptio doli* in generale, v. AA.VV., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006; G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005; A.A. Dolmetta, Enc. giur. Treccani, voce *Exceptio doli generalis*, vol. XIII, Roma, 1997; F. Ranieri, *Eccezione di dolo generale*, Digesto Disc. priv., Sez. Civile, VII, Torino 1991, 311.

[8] In dottrina v. G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit.; G. Grippo, *La garanzia automatica in bilico tra tecnica e politica: tendenze della giurisprudenza*, in Banca borsa tit. cred., 1985, II, 91 ss.

[9] In generale, sulla possibilità per il garante di opporre l'*exceptio doli* v. C. Costa, *La lettera di credito* in *Dir. della banca e del merc. fin.*, 1987, 246 ss.; M. Viale, *La fideiussione e il contratto autonomo di garanzia, I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino 1995, 775 ss.; E. Bonelli, *Le garanzie cit.*, 90 ss.; E. Navarretta, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, Contratto impr., 1991, 314; L. Nanni, *La*

to che “è preclusa al garante autonomo l’opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale, restando in ogni caso consentito al garante di opporre al beneficiario l’exceptio doli, nel caso in cui la richiesta di pagamento immediato risulti *prima facie* abusiva o fraudolenta” [10].

In questo contesto, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di evidenziare, altresì, che l’escussione di una garanzia a prima richiesta per scopi e finalità diversi da quelli contrattualmente previsti integra un’ulteriore situazione nei confronti della quale il garante ha diritto di reagire, impiegando lo strumento dell’*exceptio doli* [11].

La possibilità di azionare l’*exceptio doli*, tuttavia, è stata circoscritta ai soli casi in cui il garante fornisca una prova liquida [12], ovvero evidente e di immediata percezione dell’abusività dell’escussione.

In altro termini la prova del dolo del beneficiario deve essere diretta, ovvero fondata su riscontri documentali immediatamente disponibili e di pronta soluzione [13], in modo tale da rendere incompatibile la possibilità di acquisirla tramite l’esperimento di eventuali mezzi istruttori [14].

Resta inteso che, in ogni caso, il garante può opporre al beneficiario tutte le eccezioni relative al contratto di garanzia [15], nonché quelle relative ai suoi rapporti personali con il creditore [16].

4. La tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.

Una volta riconosciuta la legittimazione del garante autonomo ad opporre l’*exceptio doli*, quest’ultimo può intraprendere – ricorrendo ragioni di urgenza – un procedimento cautelare ai sensi dell’art. 700 c.p.c. e richiedere un provvedimento giurisdizionale che inibisca il pagamento delle somme garantite dalla cauzione in caso di escussione abusiva e/o fraudolenta da parte del creditore beneficiario [17].

La giurisprudenza e la dottrina prevalente, infatti, hanno chiarito che in questa ipotesi il garante ha il dovere di rifiutare il pagamento della garanzia fideiussoria in favore del beneficiario in malafede e di attivare il procedimento cautelare d’urgenza, ricorrendo i presupposti dell’art. 700 c.p.c., essendo egli legato al debitore principale da un rapporto di mandato che è tenuto ad adempiere con correttezza e buona fede [18].

buona fede contrattuale, Padova 1988, 556 ss.; F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia in Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 183 ss.; I. Doria, *Riflessi sull’exceptio doli dei doveri di protezione gravanti in capo al garante autonomo*, in *Giur. it.*, 2001, 1992-1993. In giurisprudenza, per un riconoscimento dell’*exceptio doliquale* rimedio di carattere generale v. Cass. Civ., Sez. I, 21 giugno 2018 n. 16345; Cass. Civ., Sez. I, 7 marzo 2007 n. 5273.

[10] Cass. Civ., Sez. I, 17 marzo 2006, n. 5997; conformi Cass. Civ., Sez. III, 12 dicembre 2008, n. 29215, Cass. Civ., Sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26262, Cass. Civ., Sez. III, 12 dicembre 2005, n. 27333, Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757, Cass. Civ., Sez. III, 6 aprile 1998, n. 3552, Cass. Civ., Sez. III, 25 febbraio 1994, n. 1933, Cass. Civ., Sez. I, 18 novembre 1992, n. 12341, Cass. Civ., Sez. I, 7 giugno 1991, n. 6496. Trib. Milano, 11 giugno 2012, n. 7011 ha confermato che “il garante si impegna a versare al beneficiario la somma pattuita a prima richiesta di quest’ultimo e rinunciando espressamente alla possibilità di opporgli le eccezioni relative alla validità o all’efficacia dell’obbligazione garantita (con la sola eccezione: i) dell’inesistenza del rapporto sottostante; (della nullità di esso per contrarietà a norme imperative ovvero per illiceità della causa; iii) infine, dell’escussione fraudolenta o abusiva da parte del beneficiario, facendo valere la c.d. *exceptio doli generalis seu praesentis*)”.

[11] Si segnalano al riguardo, Trib. Roma, Sez. X, 14 giugno 2010; Corte Appello Milano, 7 giugno 2010; Trib. Firenze, 22 gennaio 2009; Corte Appello Salerno, 19 gennaio 2009.

[12] Al riguardo in dottrina v. M. Cuccovillo, *Garanzie autonome, prova liquida e inibitoria di pagamento*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2006, 103 ss.; E. Benigni, *Onere di exceptio doli del garante autonomo e inaccogliibilità del ricorso d’urgenza dell’ordinante la garanzia*, in *Corr. giur.*, 2004, 1511 ss.; G. Chiné, *Garanzie bancarie “a prima richiesta” e tutela cautelare atipica*, in *Giur. it.*, 1993, 553 ss.

[13] A tal proposito v. Trib. Venezia, 30 dicembre 2011, n. 178.

[14] In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. Civ., Sez. I, 19 giugno 2001, n. 8324; Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757; Trib. Milano, 25 febbraio 2008; Trib. Verona, 30 dicembre 2003.

[15] Si tratta delle eccezioni attinenti alla validità, alla durata e all’estensione del titolo del contratto di garanzia. A titolo meramente esemplificativo, si può fare riferimento alle ipotesi di scadenza della polizza, di tardività dell’escussione, di eccedenza dell’importo escusso rispetto a quello garantito.

[16] La giurisprudenza riconosce il diritto del garante di opporre al creditore beneficiario la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei confronti di quest’ultimo, come è stato affermato da Cass. Civ., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6728 secondo cui “proprio l’autonomia rispetto al rapporto principale evidenzia che nessuna ragione logico-giuridica impedisce, nel rapporto garante-beneficiario, al primo di opporre la compensazione per un credito vantato direttamente nei confronti del secondo”.

[17] In questo senso, *ex multis*, Trib. Roma, Sez. III Imprese, 14 gennaio 2016; Tribunale di Roma, Sez. IX Imprese, 30 giugno 2016; Trib. Roma, 24 gennaio 2015; Trib. Roma, 6 novembre 1998; Tribunale Napoli, 3 maggio 1996; Tribunale Udine 22 giugno 1995.

[18] In questo senso, Trib. Roma, Sez. X, 23 gennaio 2013. La dottrina prevalente concorda sull’esistenza dell’obbligo del garante di opporre il rimedio in questione in quanto espressione del più generale dovere di protezione basato sul rapporto di mandato intercorrente con il debitore principale; tra gli altri, v. G.B. Portale,

L'*exceptio doli* deve essere supportata - anche nell'ambito del giudizio cautelare - da un'evidente prova dell'esistenza del comportamento abusivo, valutato in chiave oggettiva con elementi di immediato riscontro [19], salva, in ogni caso, la verifica in concreto della sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per la concessione dell'inibitoria, con particolare riferimento alla sussistenza e alla prova tanto del *fumus boni iuris* quanto del *periculum in mora*, quale pregiudizio irreparabile consistente nell'alterazione definitiva del sinallagma contrattuale [20].

Si deve, conclusivamente, evidenziare che, *in subiecta materia*, la giurisprudenza di merito e la dottrina prevalente riconoscono anche al debitore principale la legittimazione ad agire ex art. 700 c.p.c., facendo valere l'*exceptio doli* al fine di paralizzare le richieste di pagamento immediato da parte del creditore beneficiario connotate da una condotta abusiva e/o fraudolenta.

La soluzione è stata recentemente confermata dal Tribunale di Roma, Sez. XVII, 6 dicembre 2018 che ha evidenziato come "La possibilità di avanzare l'*exceptio doli* è consentita anche al debitore principale, in quanto legittimato ad ottenere un provvedimento d'urgenza volto ad inibire l'escussione di una polizza fideiussoria qualificata come contratto auto-

nomo di garanzia, opponendo il carattere abusivo o fraudolento dell'escussione da parte del creditore, nel caso in cui il garante non abbia ancora ottemperato all'obbligo di protezione consistente nel tenere indenne il garantito da escussioni abusive; ciò anche in ossequio al dovere di adempiere alle proprie obbligazioni con diligenza e secondo buona fede, in virtù del sottostante rapporto di mandato che lega il debitore principale e il garante"[21].

La possibilità per il debitore principale di esperire la tutela inibitoria in via d'urgenza è sostenuta dalla dottrina prevalente tra cui: G.B. Portale, *Legaranzie bancarie internazionali*, cit., 91 ss.; F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 422; G. Meo, *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, cit., 452; P. Lambrini, *Eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia*, cit., 154; L. Garofalo, *Per un'applicazione dell'"exceptio doli generalis" romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in Riv. dir. civ., 1996, 640-641; F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, Trattato di diritto commerciale, diretto da V. Buonocore, II, Tomo 3.X, Torino 2006, 226; G. Ferri, *Garanzie bancarie da soddisfare a semplice richiesta*, Riv. dir. comm., 1988, II, 339 ss.

Le garanzie bancarie internazionali, cit., 83 ss.; F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 185; F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino 1995, 390 ss.; A. Guaccero, *Le garanzie internazionali* in G. comm., 1993, II, 772 ss.

[19] In questa prospettiva, si richiama Cass. Civ., Sez. Trib., 11 maggio 2012, n. 7320 che ha confermato come ai fini dell'accoglimento dell'*exceptio doli*, l'abusività dell'escussione della garanzia deve risultare *prima facie* o comunque da una prova c.d. liquida, cioè di pronta soluzione.

[20] In dottrina v. L. D'Ottavi, *Garanzie atipiche e tutela cautelare: la natura del contratto autonomo di garanzia non impedisce la misura inibitoria quando sussiste il periculum dell'alterazione del sinallagma contrattuale nell'assetto negoziale globalmente considerato*, in Giust. civ., 1999, 3459 ss. In giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia, 8 giugno 2004, ha precisato che "La mancanza dei presupposti del '*fumus boni iuris*' e del '*periculum in mora*', precludono l'ottenimento di una misura cautelare intesa a bloccare il pagamento del garante verso il beneficiario".

[21] Nello stesso senso, *ex multis*, Trib. Piacenza, 8 aprile 2011, secondo cui "nell'ambito di un contratto di polizza fideiussoria, che risulti essere stata escussa illegittimamente dal creditore-beneficiario, deve ritenersi ammissibile il ricorso innominato ex art. 700 c.p.c. da parte del debitore principale".

MINORI E SOCIAL NETWORK

Immagini di minori sui social network: note in tema di strumenti rimediali e poteri del giudice civile.

di Beatrice Ficarelli

del 14 marzo 2019

Sommario

1. Considerazioni introduttive. Il pregiudizio derivante al minore dalla diffusione della propria immagine
2. I rimedi processuali: la tutela inibitoria ed i poteri (officiosi) del giudice
3. L'attuale posizione della giurisprudenza

1. Considerazioni introduttive. Il pregiudizio derivante al minore dalla diffusione della propria immagine

La pubblicazione da parte di uno dei genitori di fotografie dei figli minori sui *social networks* senza aver ottenuto il preventivo consenso dell'altro, è un fenomeno oggi particolarmente frequente nei contesti delle controversie familiari altamente conflittuali. Si tratta di una *modalità* sempre più utilizzata per rendere manifesto il contrasto tra i genitori, i quali spesso pubblicano, l'uno all'insaputa dell'altro, fotografie ed immagini dei propri figli, corredandoli con commenti di contenuto più vario con cui si diffondono dettagli della storia familiare o addirittura della controversia giudiziaria in corso, soprattutto al fine di screditare l'altro genitore, anche nella prospettiva di cercare consenso rispetto alla propria posizione processuale e accreditarla.

Il minore, che non è peraltro in grado di tutelare da solo i propri diritti, subisce di per sé un pregiudizio grave e irreparabile per effetto stesso della diffusione della propria immagine, ai sensi dell'art. 10 c.c. che sanziona l'abuso dell'immagine altrui, dell'art. 8 del Regolamento Ue n. 679/2016^[1], che considera dato personale l'immagine fotografica dei fi-

gli, nonché degli artt. 1 e 16 comma 1 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 10 novembre 1989. Vengono poi in considerazione gli artt. 96 e 97 della legge 22 aprile 1941 n. 633 sulla protezione del diritto di autore, secondo cui il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa. Al di là dell'incidenza che il comportamento del genitore possa avere sul corretto esercizio della responsabilità genitoriale e, di conseguenza, su un provvedimento di affidamento dei figli minori ai sensi dell'art. 337 *ter* c.c., si pone il preliminare problema di individuare la forma di tutela processuale atta ad evitare pregiudizi al minore medesimo quale soggetto debole, potenzialmente esposto a pericoli del genere più vario^[2].

2. I rimedi processuali: la tutela inibitoria ed i poteri (officiosi) del giudice

Nei casi sovraesposti, certamente, la forma di tutela più efficace è non già quella risarcitoria^[3] bensì quella preventiva in ragione della sua tempestività, come del resto suggerito dall'art. 10 c.c. il quale testualmente recita "qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia

[1] Il Regolamento, con successive rettifiche, è, come noto, in vigore dal 25 maggio 2018 e reperibile su <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

[2] L'inserimento di foto di minori sui *social network*, costituisce comportamento potenzialmente pregiudizievole in quanto determina la diffusione delle immagini fra un numero indeterminato di persone conosciute e non, le quali possono essere malintenzionate e avvicinarsi ai bambini dopo aver visto le fotografie *on line*, oltre a trarne materiale pedopornografico. Aldilà di queste ipotesi estreme, la semplice diffusione delle immagini sui *social* comporta di per sé stessa pregiudizio all'integrità del minore, anche in considerazione del fatto che normalmente le immagini stesse restano pubblicate per lungo tempo incidendo costantemente sullo sviluppo psicofisico e crescita del figlio.

[3] La tutela risarcitoria, se può spiegare efficacia con riferimento a diritti a carattere e funzione patrimoniale si mostra insufficiente per la tutela dei diritti della personalità, trattandosi qui oltretutto di diritti della persona di minori.

stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso salvo il risarcimento dei danni".

La norma, nel considerare "abusivo" il comportamento di colui che pubblichi l'immagine altrui arrecandone pregiudizio, indica così chiaramente, in via preferenziale e preventiva, la strada della tutela inibitoria, sussistendone i requisiti in punto di *dipericulum in mora*, trattandosi della tutela di un diritto della persona a contenuto e funzione non patrimoniale e *fumus boni iuris*.

Qualora non sia stato dato ancora avvio al procedimento separativo o di divorzio, e si imponga pertanto una tutela cautelare *ante causam*, il genitore non consenziente può certamente agire ai sensi dell'art. 700 c.p.c., chiedendo al Tribunale la rimozione immediata delle immagini dei figli minorenni dai *social network*, oltre ad ogni altro provvedimento che venga ritenuto necessario. Seguirà eventualmente il giudizio di merito che avrà ad oggetto la legittimità, o meno del comportamento del genitore che ha pubblicato l'immagine, con la domanda di risarcimento del danno subito.

La questione più problematica si pone, allora, qualora la pubblicazione delle immagini dei figli minori avvenga quando il procedimento separativo o di divorzio sia già stato avviato (oppure sia stato instaurato un procedimento per la modifica delle condizioni di collocamento e/o mantenimento dei figli ex art. 337 quinquies). In questo caso, infatti, si pone il problema se il giudice possa, nel corso di detti procedimenti, sulla base di una domanda di parte "nuova", "accessoria", e peraltro non cumulabile con quella principale, ordinare la rimozione delle immagini che riprendono sui *social* i figli minorenni. La questione, in altre parole, è se il giudice disponga in tal caso di poteri officiosi in virtù delle finalità pubblicistiche sottese alla tutela dei figli minori ed alla stregua di quanto accade qualora si agisca ai sensi dell'art. 336 c.c. che, nei procedimenti per far dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale o la sospensione della responsabilità medesima stabilisce come in caso di urgente necessità il Tribunale possa "adottare anche d'ufficio provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio".

Se il previgente art. 155, comma 7 c.c. precisava esplicita-

mente che nell'emanare provvedimenti sull'affidamento dei figli e sul contributo al loro mantenimento il giudice poteva provvedere anche al di là dell'accordo e magari in contrasto con le domande delle parti stesse in virtù della duplice esigenza, da un lato della tutela dell'autonomia della famiglia, dall'altro della garanzia nell'interesse del figlio, il nuovo art. 337 *terc.c.* non contiene esplicite affermazioni in tal senso.

Pare di poter affermare, tuttavia, che se è pur vero che i procedimenti separativi e di divorzio prendono avvio su domanda di parte, l'espressione di cui all'art. 337 *ter c.c.* per cui il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della stessa, comporta di per sé che l'autorità giudiziaria non sia vincolata alle domande svolte dalle parti, dovendo adottare ogni decisione ritenuta più opportuna nell'interesse dei figli.

Al giudice sarebbe conferita, pertanto, ampia discrezionalità nella determinazione del contenuto del provvedimento. Se ciò si verifica essenzialmente quando il giudice medesimo non ritiene congrue le determinazioni dei genitori in punto di mantenimento e di diritti di permanenza e visita in favore dei figli medesimi, anche nell'ipotesi di inopportune pubblicazioni di immagini di minori sui *social network*, pare pertanto sussistere un potere di pronuncia *ultra petita*. In tal senso si è espressa la miglior dottrina evidenziando che "in questi procedimenti il *thema decidendum* è interamente ricalcato sui provvedimenti nell'interesse di figli minori per i quali non vigono i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato" né conseguentemente le preclusioni previste per il giudizio di cognizione ordinario se in relazione ai diritti indisponibili^[4].

Ne consegue che, qualora nel giudizio separativo o di divorzio (o della modifica ai provvedimenti ivi adottati) si alleggi da parte di un genitore l'inopportuna pubblicazione di immagini da parte dell'altro, non sia necessario avviare un'autonoma azione cautelare ex art. 700 c.p.c. ma sia possibile richiedere al giudice del procedimento in corso, il provvedimento inibitorio in base ai poteri (officiosi) che egli è comunque in grado di esercitare. La finalità pubblicistica sottesa ai procedimenti in cui i minori, pur non essendo parti processuali, lo siano dal punto di vista sostanziale, comporta pertanto la possibilità per il giudice di intervenire a loro tutela, con ogni vantaggio in termini di economia processuale, dati i particolari diritti coinvolti.

[4] V. Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 109, il quale parla di "sterilizzazione" del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. V. anche Cass. 22 maggio 2014, n° 11412, in *Pluris* secondo cui in tema di separazione personale tra coniugi il giudice della separazione è competente anche *ultra petitem* ad assumere i provvedimenti relativi alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della stessa.

3. L'attuale posizione della giurisprudenza

Questa ricostruzione basata sui principi processuali sottesi ai procedimenti speciali della famiglia pare avvalorata, sia pur in modo non completamente esplicito, dalla giurisprudenza di merito più recente e segnatamente quella del Tribunale di Mantova che con ordinanza del 19 settembre 2017^[5] in un procedimento di volontaria giurisdizione, intentato ai sensi dell'art. 337 *quinquies* ha inibito a uno dei genitori la pubblicazione di immagini dei figli sui *social network*, ordinando altresì di provvedere immediatamente alla rimozione di tutte quelle già inserite, ritenendo che l'inserimento di fotografie dei minori sui *social* costituisca comportamento potenzialmente pregiudizievole per essi.

Analogamente, il Tribunale di Roma Sezione civile con ordinanza del 23 dicembre 2017 ha disposto in un procedimento la rimozione dell'immagine dei minori dai *social network*, disponendo addirittura, parimenti d'ufficio, la misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. per garantire l'attuazione dell'obbligo inibitorio in deroga al requisito dell'istanza di parte previsto da tale norma ^[6]. In entrambi i casi, pur non argomentandosi sotto un profilo processuale ma solo sostanziale, si ritiene evidentemente confermato per i procedimenti della famiglia e qualora si abbia riguardo a diritti indisponibili, un potere officioso del giudice che si estende all'adozione di ogni provvedimento che si palesi necessario nell'interesse dei figli minorenni.

[5] Pubblicata, tra gli altri, i www.personaedanno.it.

[6] Reperibile in *De jure*. In quel caso, tuttavia, si trattava di un procedimento di revoca della potestà genitoriale in cui i poteri officiosi del giudice sono espressamente previsti ex art. 336 comma 3° c.c.

DIRITTI REALI

Tutela sostanziale e manipolazione delle categorie classiche: il *pacte de tontine* francese

di Caterina Silvestri

del 18 marzo 2019

Sommar

1. La crisi della tipicità dei diritti reali nell'emersione di nuove esigenze di godimento e di tutela
2. La manipolazione delle modalità di godimento e della temporalità del diritto di proprietà: il *pacte de tontine* francese
3. Il problema della coesistenza della *tontine* con la comunione legale tra coniugi
4. L'ambito applicativo preferenziale del patto: tutela de les *oubliés du Code*

1. La crisi della tipicità dei diritti reali nell'emersione di nuove esigenze di godimento e di tutela

Già alla fine del 1800 l'autorevole voce di Geny si era levata per sollecitare una riflessione sull'opportunità di ripensare la bipartizione tra diritti reali e diritti di credito, conosciuta in Francia grazie al *Traité élémentaire de droit civil* di Planiol^[1] che l'aveva enunciata muovendo dalla definizione di diritto reale elaborata da Aubry e Rau: “il y a droit réel lorsqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne en vertu d'un rapport immédiat, opposable à toute autre personne”^[2].

Le critiche di Geny proponevano un ridimensionamento della partizione in questione, considerata una costruzione scientifica distante dai bisogni della vita concreta e giuridica^[3].

Le perplessità così autorevolmente espresse si sono progressivamente rafforzate^[4] e, da tempo, la categoria dei diritti reali manifesta palesi segni di cedimento, che investono il superamento sia della loro accezione classica (predominante nel XVIII secolo), che connota gli stessi per l'immediatezza della relazione con la cosa, sia di quella personalistica (predominante nella seconda metà del XIX secolo e nella prima del XX), che li descrive come rapporto tra titolare e *omnes*, assoluto e in grado di determinare l'astensione da ogni ingerenza da parte di terzi^[5], come evocavano Aubry e Rau ricordati poco sopra.

Il profilo che più è entrato in crisi nell'era moderna, anche sotto la spinta della circolazione degli istituti tra ordinamenti^[6], è, in particolare, il loro *numerus clausus* e il conseguen-

[1] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Parigi, 1897 (prima edizione).

[2] Ch.-A. Aubry, F. Ch. Rau, *Droit civil français*, t. II, Parigi, 1984 (settima edizione), par. 172, 72. La prima edizione di questo classico, tradotto anche in italiano sin dal 1900, risale al 1838.

[3] F. Geny, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif: essai critique*, I, Paris, 1919, 138 ss.

[4] Si ricorda in particolare M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano, 1940 e, poi, anche in *Diritti reali (diritto civile)*, *Nuovissimo Digesto Italiano*, V, Torino, 1968, 748.

[5] Per un panorama sulle diverse spinte provenienti dalla cultura giuridica, A. Guarnieri, *Diritti soggettivi (categorie di)*, *Digesto civ.*, vol. V, Torino, 1989, 436 ss.

[6] In seno all'Unione Europea, ad esempio, il fenomeno della circolazione degli istituti è stato incentivato e sostenuto a livello istituzionale dagli interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno accelerato un'osmosi giuridica che, verosimilmente, vi sarebbe comunque stata benché in modo più lento. Determinati settori sensibili sono stati influenzati in maniera particolare, come la sfera contrattuale; si ricordano a titolo di esempio: *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo a un diritto comune europeo della vendita*, C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, *Europa e dir. priv.*, 2011, 853 ss.; *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, *Europa e dir. priv.*, 2012, 300 ss., il quale esprime preoccupazione “ per l'intersezione della direttiva 2011/83 sui diritti del consumatore con la CESL “; G. D'Amico, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione Europea in materia di armonizzazione?*, *I contratti*, 2012, 620 ss.; R. De Hippolytis, *La proposta di un diritto comune europeo della vendita: l'Europa anche dalla parte delle*

te corollario della tipicità della loro regolamentazione, caratteri che escludono ogni possibilità di modifica della loro disciplina legale e di un suo adattamento a specifiche esigenze coinvolgenti anche certi bisogni di tutela.

Il diritto vivente, meno toccato dai comprensibili timori accademici e giurisprudenziali^[7] connessi all'abbandono del sicuro riparo offerto dalle categorie tradizionali, ha in parte superato le classificazioni dogmatiche, offrendo con frequenza crescente esempi di posizioni giuridiche sostanziali costituite essenzialmente da manipolazioni variabili dei diritti reali come tradizionalmente atteggiati. Si tratta di risultati raggiunti, perlopiù, per mezzo della disarticolazione o della parcellizzazione di talune facoltà inerenti ai diritti reali classici o delle categorie civilistiche tradizionali.

In alcuni casi, come in quello del *trust*^[8], si tratta di apertu-

re alle tradizioni straniere, ma sovente si tratta di vere e proprie costruzioni del diritto vivente.

Alcune di queste creazioni sostanziali sono divenute classiche a loro volta.

La cessione cubatura o di volumetria costituisce uno di questi esempi. Benché non vi siano definizioni legislative, generalmente con tale espressione s'intende il contratto con cui la parte proprietaria di un determinato fondo cede totalmente o parzialmente, generalmente al proprietario del fondo finitimo, la facoltà di edificare del proprio fondo con ciò consentendo all'acquirente di ampliare la capacità edificatoria del proprio fondo a scapito di quello del venditore. In Italia tale pratica ha sollecitato vari orientamenti interpretativi sulla natura del diritto che ne scaturisce^[9]. La Corte di Cassazione con una pronuncia risalente agli anni settanta aveva delinea-

imprese "deboli"? *Foro it.*, 2014, V, 270. Ciò anche sollevando reazioni "difensive" come dimostra l'ampia letteratura sulla concorrenza tra gli ordinamenti: AA.VV., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, Roma, 2004 ed ivi, in particolare, A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, 13 ss.; AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007, a cura di A. Plaia ed ivi A. Guaccero, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. Usa*, 1 ss.; F. Viola, *La concorrenza tra gli ordinamenti e il diritto come scelta*, *Collana Lezioni magistrali*, Napoli, 2008, 68 ss.; V. Mannino, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, *Europa e dir. priv.*, 2005, 945. Si ricorda il noto caso C. giust., 9 marzo 1999, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, *Raccolta*. 1999, I-01459, concernente la libertà di stabilimento e scaturita dal rifiuto della Danimarca di registrare una succursale conforme al diritto di un altro Stato membro, suscitò un grande interesse nella dottrina internazionale, tra cui si ricorda: T. Ballarino, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, *Revue critique de droit international privé*, 2003, 373 ss.; P. Cabral, P. Cunha, "Presumed innocent": companies and the exercise of the right of establishment under Community law, *European Law Review*, 2000, 157; J. P. Deguée, "Forum shopping" usage ou abus de la liberté d'établissement, *Revue pratique des sociétés*, 2000, 51. Il fenomeno ha interessato sia i civilisti, sia i processualisti: per una veduta d'insieme sulla progressiva formazione dello spazio giudiziario europeo S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland, E. Pataut, *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, 2013; N. Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011; M. Taruffo, V. Varano, *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011; A. De La Oliva Santos, F. Gascón Inchausti, *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjerías en la unión europea*, Cizur Menor, 2011; Ch. Hodges, *Europeanisation of Civil Justice: Trends and Issues*, *Civil Justice Quarterly*, 2006, 96; AA.VV., *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007. Sulla prospettiva rimediabile: V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 378 ss.; A. di Majo, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 58 ss.; M. Barcellona, *La responsabilità nella prospettiva dei rimedi. A proposito del libro di A. di Majo, Profili della responsabilità civile*, *Europa e dir. priv.*, 2011, 1235; U. Mattei, *I rimedi. La parte generale del diritto civile*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, Torino, 2001, 110 ss.; S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi, Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, 741 ss.; S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, *Europa e Diritto privato*, 2011, 383 ss.; M. Astone, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, *Europa e dir. priv.*, 2014, 1. Naturalmente al fenomeno della circolazione degli istituti concorrono anche fattori extragiuridici, quale il processo di apprendimento basato sull'imitazione, come Tarde aveva osservato alla fine del 1800 facendo proprio del diritto internazionale uno degli ambiti più significativi in cui il meccanismo emulativo, fondato essenzialmente sul riconoscimento della bontà della regola, offriva il suo migliore esempio con norme affermatesi e consolidatesi nel tempo fuori da ogni imposizione del potere legislativo: G. Tarde, *Les Transformations du Droit: étude sociologique*, Parigi, 1893, 155 ss., consultabile *on line* in versione *e-book* al seguente indirizzo <https://archive.org/stream/lestransformati01tardgoog#page/n179/mode/2up>.

^[7] G. Alpa, M. Bessone, A. Fusaro, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001, offrono un quadro storico e comparativo della dottrina e della giurisprudenza sul tema. Anche di recente la nostra Corte di Cassazione ha affermato che "è consentito alle parti di sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cose altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori", Cass., 9 ottobre 2014, n. 21356, *De iure*, banca dati *on line*, con una chiara antifrasi.

^[8] Cass. pen., 24 gennaio 2011, n. 13276, *Riv. giur. trib.*, 2011, 686; Cass. S.U., 8 aprile 2011, n. 8034, *Foro it.*, 2011, I, 27. Con riferimento al *trust* interno la giurisprudenza di merito mantiene un atteggiamento prudenziale che assoggetta lo stesso alla valutazione della meritevolezza dell'interesse perseguito da valutare volta per volta, come, ad esempio, Trib. Firenze, 2 luglio 2005, *Trusts*, 2006, 89.

^[9] P. L. Troiani, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura - Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, Vita not., 1990, 285; A. Candian, *Il contratto di trasferimento della volumetria*, Milano, 1990; *Trasferimento di volumetria* (agg. 2000), *Digesto civ.*, Torino, I, 735; F. Gazzoni, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, *Giust. civ.*, 2012, 101 ss e <http://www.judicium.it/admin/saggi/306/Gazzoni.pdf>, 2012.

to lo stesso quale diritto reale atipico^[10], ma la posizione è rimasta isolata. Oggi tale natura è negata dalla giurisprudenza di legittimità praticamente consolidata^[11].

In maniera per alcuni versi analoga, in Francia la cessione del COS (*Coefficient d'Occupation des sols*) era disciplinata dall'art. L332-1 del *Code de l'Urbanisme*, come una facoltà riservata a casi di pubblica utilità^[12]. La disposizione è stata abrogata e sostituita da “premi di cubatura” (*bonification de droits à construire*) anch'essi disciplinati legislativamente (art. L128-1 *Code de l'Urbanisation*) che offrono un bonus di capacità costruttiva in certe situazioni incentivanti perlopiù inerenti ad uno sviluppo ecologico del territorio. La multiproprietà immobiliare, costituisce forse il maggior fenomeno di “de-tipicizzazione” dei diritti reali. L'istituto ha trovato una base normativa comune nell'ambito dell'unione Europea con la Direttiva 94/47/CE, in seguito alla quale il nostro ordinamento ha accolto nell'art. 69 del *Codice del Consumo* la sua definizione quale “diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione”^[13]. Si tratta di una definizione che, all'evidenza, risponde essenzialmente all'esigenza di godimen-

to turnario di un dato bene immobile; la nostra giurisprudenza di legittimità ha espressamente respinto la tesi che ricostruisce questa posizione sostanziale quale diritto reale creato dall'autonomia privata^[14].

2. La manipolazione delle modalità di godimento e della temporalità del diritto di proprietà: il *pacte de tontine* francese

Manifestazione originale, benché certamente meno clamorosa, della manipolazione delle modalità di godimento e dell'atteggiarsi temporale del diritto di proprietà, è offerta dalla clausola nota al diritto francese come la *tontine*^[15]. Il nome è dovuto al banchiere napoletano Lorenzo Tonti che nel XVII secolo ne ideò il meccanismo al fine facilitare la collocazione dei titoli di Stato^[16]: si tratta di un accordo aleatorio secondo il quale più persone mettono in comune beni o capitali con l'intesa che essi apparterranno interamente all'ultimo sopravvissuto, con effetto retroattivo al momento dell'acquisto.

Nel corso del tempo la convenzione ha trovato utilizzazione in Francia sia in materia assicurativa, dove il meccani-

[10] Cass., 30 aprile 1974, n. 1231, *Giust. civ.*, 1974, I, 1424.

[11] V., ad esempio, Cass., 24 settembre 2009, n. 20623, *Giust. civ.*, 2010, I, 1934, la quale non richiede la forma scritta *ad substantiam* per il contratto di cessione di cubatura non trattandosi di un diritto reale. La negazione di tale natura è criticata da Gazzoni, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, cit., 101 ss., secondo il quale tale diritto rientra tra i diritti edificatori integrando un diritto reale tipico che rientra nella formula “trasferimento di altro diritto” ricorrente nell'art. 1376 c.c. con la conseguente possibilità della sua trascrizione.

[12] D. Drouet D., J. Garnot J., *Bonus de COS: Quelles perspectives d'application à la rénovation et la construction durable?*, Paris, 2007; J. Morand-Deviller, *Droit de l'urbanisme*, Paris, 2014.

[13] Sul tema e sulle novità introdotte dal D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79, si vedano: O. Galeo, *Decentramento normativo e contratti di multiproprietà*, Padova, 2010; R. Galasso, *L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto*, *Giur. it.*, 2011, 61; M. Mazzeo, *Novità in materia di multiproprietà, Obbligazioni e contratti*, 2011, 626. Si ricorda che talune disposizioni concernenti la multiproprietà sono state introdotte anche dal, c.d., Codice del Turismo, D.Lgs. 79/2011.

[14] Così, ad esempio, Cass. 16 marzo 2010, n. 6352, la quale espressamente afferma in motivazione: “Non appaiono invece appaganti altre ricostruzioni dell'istituto della multiproprietà sollecitate dalla novità della tendenza all'adozione nella realtà economico-sociale del criterio turnario per regolare il godimento tra più soggetti di un determinato bene; sotto tale profilo non può condividersi in particolare l'orientamento che riconduce il fenomeno in esame ad un atto di autonomia privata diretto a costituire un nuovo diritto reale in quanto in evidente contrasto con il principio vigente nel nostro ordinamento giuridico del *numerus clausus* dei diritti reali; neppure sembra convincente la configurazione della multiproprietà come una forma di proprietà temporanea, posto che, pur a prescindere dall'ammissibilità di tale istituto nel nostro ordinamento dove il diritto di proprietà è disciplinato come perpetuo, il carattere turnario del godimento non dà luogo ad una proprietà limitata nel tempo ma semmai ciclica.”. Sovente la giurisprudenza di merito ha sancito la nullità del contratto di multiproprietà per indeterminatezza dell'oggetto: Trib. Milano, Tribunale Milano, 15 maggio 2013, n. 6796, *De iure* (banca dati *on line*); cfr. Trib. Trieste 27 settembre 2007, *Foro it.*, 2008, I, 1342, nonché la nullità del contratto di finanziamento quando non sia sufficientemente individuato il bene acquistato, App. Milano, 16 marzo 2011, *Foro it.*, 2011, I, 3151.

[15] Si indica quale bibliografia essenziale: M. Cozian, *La clause tontinière, Droit & patrimoine* 1994, n. 20 p. 22 et ss.; J.-G. Raffray, *Tontine et contrat de société*, *JCP ed. G.*, 1988, n. 13, 3327; B. Abry, *Tontine et mariage*, *JCP ed. N.*, 1992, *Pratique* n. 2185; J. Mazeaud, *Les clauses d'accroissement ou de réversion et la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Rép. Defrénois*, 1961, 28080; J.-F. Pillebout, *A propos de la tontine et de la réversion*, *JCP ed. N.*, 1979, I, 333, spéc. n. 7.

[16] Così ricordano M. Planiol e G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Parigi, 1954, t. XI, n. 1250.

smo è espressamente considerato a livello legislativo^[17], sia nel settore societario^[18], sia in ambito civilistico, in cui è la prassi - e segnatamente la giurisprudenza di merito e di legittimità - ad averne offerto definizione e disciplina, almeno nei suoi profili essenziali e caratterizzanti.

In materia civilistica il *pacte de tontine* si riscontra più frequentemente nei contratti di compravendita immobiliare: il bene è acquistato da due o più soggetti, i quali hanno la facoltà di goderne pienamente in concorrenza tra loro; il concorrente superstite diverrà pieno ed esclusivo proprietario del bene con effetto retroattivo, sin dalla data dell'atto di acquisto.

La clausola tipo ricorre nei contratti immobiliari sotto il titolo "*propriété-jouissance*", tra le disposizioni contrattuali destinate a disciplinare il trasferimento della proprietà e del possesso:

"Le transfert de propriété aura lieu ce jour et le transfert de jouissance aura lieu également ce jour par la prise de possession réelle, ce bien libre de toute occupation ou de toute location.

Rapport entre les acquéreurs: il est convenu qu'ils jouiront en commune pendent leur vie durant de ce bien. A titre de clause aléatoire, il est convenu entre eux que le premier mourant sera considéré comme n'ayant jamais eu le droit de

propriété sur ce bien. La propriété appartiendra, en totalité, au survivant d'entre eux et elle sera réputée avoir toujours, reposé sur ce survivant et ce, sous les mêmes conditions que celles définies ci-dessus sous le paragraphe "propriété-jouissance". En conséquence aucun d'entre eux ne pourra disposer de ce bien sans le concours et le consentement exprès de l'autre".

La Corte d'appello di Montpellier l'ha così descritta: "In diritto, una clausola di accrescimento detta "patto di *tontine*" non determina la comproprietà dei contraenti ma conferisce a ciascuno un diritto di proprietà pieno ed intero sull'immobile, sotto condizione sospensiva della sopravvivenza di uno e condizione risolutiva di premorte dell'altro. In altri termini, al momento del decesso del premoriente, il sopravvivenente è considerato retroattivamente l'unico proprietario del bene dal momento dell'acquisto; correlativamente, il premorto è considerato non aver mai avuto la proprietà"^[19].

La *tontine* è, dunque, una "clausola d'accrescimento", conclusa a titolo oneroso, di natura aleatoria^[20] e priva del carattere di liberalità^[21], la quale non determina una comproprietà^[22], ma una concorrenza dei diritti dei contraenti per l'intero che funziona in stretta connessione con la retroattività delle condizioni sospensive e risolutive di cui il diritto è oggetto, la cui effettività, quando risultante dalla pubblicità

[17] Il *Code des Assurances* che ne prevede il funzionamento all'art. R322-139: "*Les sociétés à forme tontinière mentionnées à l'article L. 322-26-4 réunissent leurs adhérents en groupes distincts dénommés associations et répartissent, à l'expiration de chacune de ces associations, les fonds provenant de la capitalisation en commun de leurs cotisations, déduction faite de la partie affectée aux frais de gestion et d'acquisition statutaires, entre les survivants des associations en cas de vie ou entre les ayants droit des décédés des associations en cas de décès, en tenant compte de l'âge des adhérents et de leurs versements. Les sociétés régies par la présente section doivent faire figurer à la suite de leur dénomination, dans leurs statuts, contrats ou titres émis par elles et autres documents de toute nature destinés à être distribués au public ou publiés, la mention ci-après en caractères uniformes: "société à forme tontinière".*

[18] Il patto di *tontine* lo si ritrova sovente negli statuti societari (in particolare delle società immobiliari e spesso a composizione familiare) con riferimento all'accrescimento dei diritti sociali dei superstiti in caso di morte di un socio, poiché tale meccanismo consente di far beneficiare a tale trasferimento (che nella sostanza è a causa di morte) del trattamento fiscale, particolarmente favorevole, previsto per la cessione delle quote societarie.

[19] Appel Montpellier, 3 maggio 2012, repertorio generale n. 11/00002, si può leggere su www.legifrance.gouv.fr. La traduzione riportata nel testo è mia; il passo in lingua originale è il seguente: "*En droit, une clause d'accroissement dite "pacte de tontine" ne crée pas d'indivision entre les cocontractants mais confère à chacun un droit de propriété plein et entier sur l'immeuble, sous condition suspensive de survie de l'un et condition résolutoire de prédécès de l'autre. En d'autres termes, lors du décès du prémourant, le survivant est réputé rétroactivement seul propriétaire du bien depuis l'achat; corrélativement, le prémourant est réputé n'en avoir jamais eu la propriété.*" La pronuncia riprende le indicazioni di Cass. 9 novembre 2011, n. 10-21710, si può leggere su www.legifrance.gouv.fr. Essa dispone: "*Mais attendu que la clause d'accroissement est exclusive de l'indivision dès lors qu'il n'y aura jamais eu qu'un seul titulaire du droit de propriété et que, tant que la condition du prédécès de l'une des parties n'est pas réalisée, celles-ci n'ont que des droits concurrents, tel le droit de jouir indivisément du bien (...)*" ("Considerato che la clausola di accrescimento esclude la comproprietà dal momento che non ci sarà stato che un solo titolare del diritto di proprietà e che, sin tanto che la condizione di premorte di una delle parti non si è realizzata, queste non ha che diritti concorrenti, quale il diritto di godere del bene indiviso (...)", con la conseguenza che il coniuge separato che gode del bene in maniera esclusiva, deve pagare un'indennità di occupazione all'altro *tontinier*).

[20] Sull'assenza di sinallagmaticità e sulla natura aleatoria del patto in questione v. da ultimo Cass., 5 dicembre 2012, n. 11-24448, si può leggere su www.legifrance.gouv.fr.

[21] Cass. 14 dicembre 2004, n. 02-11088, disponibile sul sito www.legifrance.gouv.fr, nella quale la *Cour de Cassation* riforma la pronuncia d'appello che aveva considerato la *tontine* una donazione indiretta poiché nella stessa clausola si dava atto dell'assenza di fondi da parte di un *tontinier*.

[22] Cass., 3 ottobre 2018, n. 17-26020 può leggersi all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037495394&fastReqId=1119898558&fastPos=17>.

fondiarie, non cede a diritti di garanzia successivi[23].

Le indicazioni giurisprudenziali in tal senso sono chiare e consolidate perlomeno dal 1959, anno a cui risale la prima pronuncia di legittimità in materia[24].

Pur non protagonista di applicazione frequentissima, la *ton-tine* è considerata ancora oggi una presenza usuale nell'ordinamento francese, che gode di un certo credito e che svolge il suo particolare ruolo anche con riferimento ai contratti di natura obbligatoria[25].

3. Il problema della coesistenza della coesistenza della tontine con la comunione legale tra coniugi

Benché questa clausola particolare sia assai poco esplorata dalla dottrina, la maggioranza degli autori che se ne sono occupati ne sostengono la nullità quando uno o entrambi gli acquirenti siano coniugati in regime di comunione legale dei beni[26].

Tale rilievo si fonda sulla considerazione che il meccanismo della *tontine* sarebbe in grado di derogare al regime della comunione legale consentendo ai coniugi di sottrarre alla stessa un bene che invece sarebbe destinato a cadervi. In altre parole, il bene acquistato a titolo oneroso nel corso del matrimonio e che sarebbe entrato nella comunione dei beni ai sensi dell'art. 1401, *Code civil*, in virtù della *réversion* (cioè della riconduzione del bene nel patrimonio) che attua la clauso-

la, è invece destinato ad appartenere in proprietà esclusiva al coniuge superstite.

Il medesimo orientamento offre anche un argomento di critica più formalistico, ritenendo che siffatta clausola violi il principio dell'immutabilità del regime matrimoniale sancito dall'art. 1396, *Code civil*[27].

Questi argomenti non paiono offrire risposta esauriente a chi osserva che il regime della comunione legale risponde a una finalità protettiva dei coniugi, la quale nel meccanismo di accrescimento proprio della *tontine* trova, in realtà, un ulteriore rafforzamento in favore del consorte superstite.

Sotto quest'ultimo aspetto è stato rilevato come il fine perseguito da questo genere di previsioni, sia da considerarsi inquadrabile tra "*les avantages matrimoniaux*"[28], cioè nell'ambito di quei "benefici" che possono essere previsti tra coniugi nella quadro del loro regime matrimoniale. Tali *avantages*, previsti dall'art. 1527, *Code Civil*, sono peculiari alla *comunione convenzionale* dei beni, nell'ambito della quale è consentita una limitata possibilità di personalizzazione del regime, ferme restando talune disposizioni (art. 1497, *Code Civil*), analogamente a quanto prevede l'art. 210 del nostro *Codice Civile*. Il secondo comma dell'art. 1527, *Code Civil*, pone quale unica limitazione a tali patti, la circostanza che essi ledano gli interessi di figli che non siano di entrambi i coniugi[29].

[23] Cass., 9 gennaio 2019, n. 17-27411, può leggersi all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038069850&fastReqId=1185142455&fastPos=16>.

[24] Cass., 3 febbraio 1959, *Dalloz*, 1960, 592 con nota di La Marnierre, la quale dispone che: "*à chaque contractant la chance de devenir propriétaire du bien acquis contre le risque correspondant de ne le devenir jamais*".

[25] Cass., ch. crim., 20 giugno 2017, n. 14-85879 disponibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035002223&fastReqId=859639293&fastPos=18>

[26] Aubry, *Tontine et mariage*, cit., n. 2; Mazeaud, *Les clauses d'accroissement*, cit., in part. n. 21; Pillebout, *A propos de la tontine et de la réversion*, cit., 333, spec. n. 7.

[27] L'art. 1396 nel testo in vigore dal gennaio 2007, recita: "*Les changements qui seraient apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultanés de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou de leurs mandataires. Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou par l'effet d'un acte notarié, le cas échéant homologué, dans le cas de l'article suivant*".

[28] N. Petrani-Maudière, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, 2004, 181.

[29] L'art. 1527 dispone: "*Les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardés comme des donations. Néanmoins, au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1, au titre "Des donations entre vifs et des testaments", sera sans effet pour tout l'excédent; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit. Toutefois, ces derniers peuvent, dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1, renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant. Dans ce cas, ils bénéficient de plein droit du privilège sur les meubles prévu au 3° de l'article 2374 et peuvent demander, nonobstant toute stipulation contraire, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles*".

Secondo questo orientamento tali vantaggi costituiscono un correttivo al regime matrimoniale *quale che sia*, poiché la loro finalità è quella della protezione del congiunto[30].

In questa prospettiva dovrebbe, dunque, essere considerato anche il patto di *tontine*, il quale è guardato con favore dalla giurisprudenza proprio in ragione della sua finalità protettiva del coniuge superstite[31].

Il punto di equilibrio tra tale possibilità e la necessità di conciliare la medesima con le previsioni in materia successoria (in particolare per i riservatari), starebbe nella *entità* del valore del bene oggetto della *tontine*: un valore rilevante dovrebbe essere considerato una liberalità e assoggettato al relativo regime, mentre una *tontine* “non eccessiva” dovrebbe essere considerata rispettosa del principio di immutabilità del regime matrimoniale sancito dall’art. 1396, *Code civil*[32].

La questione della validità della clausola non si pone se l’acquisto del bene in regime *tontinien* è effettuato con denari personali dei coniugi poiché tale circostanza sottrae in Francia, analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento, il bene alla comunione legale.

Il tema della validità della clausola di accrescimento in caso di regime di comunione legale, nella scarsità del materiale giurisprudenziale, è lambito dall’ormai risalente pronuncia della *Cour de Cassation* dell’11 gennaio 1983, n. 81-16307[33].

In quella era sollevata la questione della validità del patto di *tontine* ricadente su un immobile acquistato con la nuova compagna da un uomo (separato ma ancora) coniugato in regime di comunione legale. Anni dopo l’acquisto, marito e moglie (evidentemente riconciliatisi) intentavano un giudizio teso alla dichiarazione di nullità della clausola in questione, fondata sul rilievo che il marito aveva disposto del bene senza il consenso della moglie e, dunque, sulla contrarietà della stessa all’art. 1424, *Code Civil*; in via sussidiaria gli attori eccepivano che la clausola dissimulava una donazione vietata alla concubina dall’art. 911 dello stesso codice, che l’acquisto era stato effettuato con denari tratti dalla comunione coniugale e, comunque, in violazione del principio di

immutabilità delle convenzioni matrimoniali posto dall’art. 1396, *Code Civil*, nel testo allora in vigore. L’attore decedeva nel corso del giudizio e la co-acquirente diveniva piena proprietaria del bene in questione con effetto retroattivo. La controversia giungeva alla *Cour de Cassation* la quale rigettava i gravami confermando la pronuncia d’appello e condividendone le motivazioni: “considerato che la corte d’appello ha rilevato che il contratto aleatorio oggetto della lite conferiva a ciascuno degli acquirenti l’intera proprietà dell’immobile dal giorno della sua acquisizione sotto condizione della premorte dell’altro contraente; che ne ha dedotto, a buon diritto, che per la premorte di [il marito] i diritti acquisiti dal medesimo sotto condizione non erano mai entrati nella comunione dei beni [...] e che, di conseguenza, le disposizioni dell’art. 1424 del *code civil* non erano applicabili”[34]. La Corte respingeva anche l’ipotesi della dissimulazione di una donazione, ritenuta non provata dal giudice del merito con decisione non censurabile in cassazione.

4. L’ambito applicativo preferenziale del patto: tutela *de les oubliés du Code*

La *tontine* ha tratto nuova vitalità negli anni più recenti, in particolare prima dei PACS (*Pacs civils de solidarité*), per offrire tutela a *les oubliés du Code*, cioè a coloro che non trovavano protezione nel diritto scritto. Anche nell’attualità, tuttavia, per chi non possa o non voglia accedere ai PACS, il meccanismo della *tontine* può costituire la via per tutelare il superstite della coppia assicurandogli la titolarità della piena proprietà e il pieno godimento del bene che ne costituisce l’oggetto.

Essa consente sovente di “ridimensionare” l’ambito di applicabilità delle disposizioni sulla riserva e sul divieto del patto successorio, ricorrenti anche nel diritto francese, i quali sono ritenuti non violate in virtù della retroattività del patto di *tontine* che, pur considerato una finzione giuridica, rende il sopravvivente proprietario *ab initio*.

Il legislatore francese si è occupato della clausola d’accrescimento sotto il profilo fiscale dedicandole una previsione specifica all’art. 754 A del *Code général des impôts* (come mo-

[30] Petrani-Maudière, *Le déclin du principe de l’immutabilité*, cit., 184.

[31] Così anche J. Patarin nelle osservazioni a Trib. Paris, 17 settembre 1990, *Rev. trim. droit civ.*, 1992, 619.

[32] Petrani-Maudière, *Le déclin du principe de l’immutabilité*, cit., 188.

[33] Cass., 11 gennaio 1983, n. 81-16307, disponibile sul sito www.legifrance.gouv.fr.

[34] La traduzione riportata nel testo è mia. Il passo originale è il seguente: “*mais attendu que la cour d’appel a relevé que le contrat aleatoire litigieux conférerait a chacun des acquéreurs la propriété de l’immeuble tout entier à partir du jour de son acquisition sous condition du prédécès de son co-contractant; qu’elle en a déduit, à bon droit, que par le prédécès d’Andre D, les droits acquis sous condition par celui-ci n’étaient jamais entrés dans la communauté D, et que, par conséquent, les dispositions de l’article 1424 du code civil n’étaient pas applicables (...)*”.

dificato dalla LOI n. 2009-1673 del 30 décembre 2009 - art. 33), il quale prevede: “I beni pervenuti in forza di una clausola inserita in un contratto di acquisto in comune secondo la quale la porzione del o dei primi deceduti tornerà ai sopravvivenenti in modo tale che l’ultimo rimasto in vita sarà considerato come il solo proprietario della totalità dei beni sono, dal punto di vista fiscale, considerati trasmessi a titolo gratuito a ciascuno dei beneficiari dell’accrescimento. / Questa disposizione non si applica all’abitazione principale comune ai due acquirenti quando quest’ultima ha un valore globale inferiore a € 76.000,00, salvo che il beneficiario opti per l’ap-

plicazione dei diritti di successione”[35].

Sul versante tributario i beni oggetto della *tontine* sono, dunque, considerati come trasferiti a titolo gratuito dettando, con ciò, un trattamento assai differente e meno favorevole di quello civilistico dove, come si è detto poco sopra, la clausola di accrescimento conferisce a ciascuno dei co-acquirenti la proprietà ed il godimento dell’intero sino al verificarsi della doppia condizione sospensiva e risolutiva, momento in cui chi resta diviene proprietario sin dalla data dell’acquisizione stessa.

[35] La traduzione riportata nel testo è mia. L’art. 754 A CGI in lingua originale dispone: “*Les biens recueillis en vertu d’une clause insérée dans un contrat d’acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l’accroissement. / Cette disposition ne s’applique pas à l’habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76 000 €, sauf si le bénéficiaire opte pour l’application des droits de mutation par décès.*”. L’art. 796-0 bis, Code général des impôts, sancisce che il coniuge superstite, come il superstite di una coppia legata da PACS, sia esente dal pagamento delle imposte di successione,

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

Amministrazione di sostegno del detenuto e competenza territoriale

di Caterina Pasini

Cass. civ., Sez. VI, 23 gennaio 2019 n. 1865.

In tema di amministrazione di sostegno, la competenza territoriale in ordine al procedimento si radica con riferimento non già alla residenza anagrafica, ma alla dimora abituale del beneficiario; proprio in virtù di tale esigenza, ai fini dell'individuazione della predetta dimora, occorre tenere conto del momento in cui devono essere adottati determinati provvedimenti sulla base di una serie di sopravvenienze non operando in tale materia il principio della perpetuatio iurisdictionis in considerazione della natura del procedimento in esame, che costituisce espressione di giurisdizione volontaria non contenziosa.

La fattispecie in esame tratta un'ipotesi di conflitto negativo di competenza tra il Giudice tutelare del Tribunale di Reggio Emilia e quello di Fermo.

Quest'ultimo, con decreto dell'11 gennaio 2018, trasmetteva al Tribunale di Reggio Emilia gli atti relativi all'amministrazione di sostegno aperta nei confronti di N.M. con decreto del 21 marzo 2016.

Rilevava che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno, cittadino del Marocco privo di residenza in Italia poiché cancellato dall'anagrafe per irreperibilità accertata, e domiciliato di fatto presso una casa di cura nel Comune di Fermo alla data di apertura della procedura, era stato trasferito alla Sezione ATSM della Casa circondariale di Reggio Emilia per l'esecuzione di una condanna penale.

Il Giudice tutelare del Tribunale di Reggio Emilia, con ordinanza del 6 giugno 2018, sollevava conflitto negativo di competenza rilevando che con sentenza definitiva il beneficiario era stato condannato a pena detentiva.

A seguito dell'emissione dell'ordine di esecuzione, il Magistrato di sorveglianza del Tribunale di Macerata ne aveva disposto il ricovero in una struttura psichiatrica e successivamente il trasferimento presso la Casa circondariale di Reggio Emilia.

Sulla base di tali considerazioni, aggiunto che, medio tempo-

re, il beneficiario era stato trasferito presso la Casa Circondariale di Ascoli Piceno, il Giudice tutelare ha ritenuto applicabile anche in materia di amministrazione di sostegno il principio, enunciato in tema d'interdizione legale, secondo cui, ove l'interdetto si trovi in stato di detenzione in esecuzione di una sentenza definitiva, la sede principale dei suoi affari ed interessi va identificata con il luogo di ultima dimora abituale prima dello stato detentivo.

Sulla base del fatto che prima dell'esecuzione della condanna il beneficiario era ricoverato presso una struttura in Comune di Fermo, concludeva affermando la competenza di tale Tribunale in quanto l'unico collegamento con Reggio Emilia era costituito dal temporaneo collocamento del beneficiario presso la Casa circondariale, peraltro venuto meno a seguito del trasferimento ad Ascoli Piceno.

La fattispecie ha permesso alla Corte di Cassazione di affrontare il tema della competenza territoriale in caso di amministrazione di sostegno e detenzione.

L'art. 404 c.c. prevede che la nomina di un amministratore di sostegno, nei confronti di una persona che per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi, possa essere disposta dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.

Il Giudice, dunque, deve verificare, al momento della presentazione della domanda, dove il beneficiario risulti residente anagraficamente e la coincidenza tra il luogo di residenza e quello della dimora abituale o del domicilio.

Secondo il prevalente orientamento della Corte di Cassazione, la competenza per territorio del Giudice tutelare si determina con riferimento al luogo in cui il beneficiario abbia alternativamente la residenza o il domicilio. Anche in caso di collocamento del beneficiario in casa di cura, fattispecie per certi versi sovrapponibile a quella in esame, ove non ricorra prova della natura non transitoria del ricovero e della volon-

tà dello stesso di ricollocare ivi il centro dei propri interessi e delle proprie relazioni personali, la competenza per territorio spetta al Giudice tutelare del luogo in cui la persona interessata si presume abbia ancora la propria abituale dimora [1]. Secondo il ragionamento della Corte di Cassazione, il venir meno della competenza territoriale basata su residenza o domicilio non può dipendere dalla circostanza dell'internamento del beneficiario in un ospedale psichiatrico giudiziario in esecuzione di una sentenza definitiva.

Il carattere coattivo di tale collocazione infatti deve considerarsi di per sé sufficiente ad escludere la configurabilità di un c.d. mutamento del domicilio, che si presume fissato nel luogo in cui egli aveva dimora abituale prima dell'inizio dello stato di detenzione in difetto di una manifestazione di volontà diversa dell'interessato [2].

Ebbene, l'applicazione di tali principi con riferimento alla fattispecie esaminata dalla Suprema Corte presenta numerose difficoltà poiché il beneficiario, ricoverato presso la Articolazione Tutela Salute Mentale della Casa circondariale di Reggio Emilia e poi trasferito presso la Casa circondariale di Ascoli Piceno, prima del predetto ricovero, disposto in esecuzione della condanna detentiva inflittagli con sentenza definitiva, risultava sostanzialmente privo di una stabile dimora.

Egli infatti era stato cancellato per irreperibilità dai registri del Comune Ponzano di Fermo in cui aveva la residenza anagrafica ed era stato ricoverato in una casa di cura a Montegiorgio (FM).

Tale ricovero era verosimilmente non volontario, essendo stato disposto a causa in disturbi mentali e del mancato accertamento di legami familiari o di relazioni sociali nel territorio di tali Comuni. Ciò ha impedito alla Corte di Cassazione di presumere che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno avesse voluto radicare la propria dimora abituale nel circondario del Tribunale di Fermo.

Successivamente, peraltro, era stato costretto ad allontanar-

si da tale Comune, nel quale comunque non si poteva individuare una residenza o un domicilio, al fine si portare ad esecuzione la condanna penale.

Esclusa la competenza del Giudice tutelare del Tribunale di Fermo, andrebbe però, secondo la Corte di cassazione, esclusa anche quella del Tribunale di Reggio Emilia in quanto il beneficiario aveva soggiornato presso l'Articolazione Tutela Salute Mentale della Casa circondariale di Reggio Emilia in modo del tutto provvisorio, essendo dopo pochi mesi stato trasferito si suppone in modo definitivo, presso la Casa circondariale di Ascoli Piceno.

Ebbene il Giudice tutelare competente in ordine all'amministrazione di sostegno va individuato proprio nel circondario di Ascoli Piceno.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che il Tribunale di Ascoli Piceno, luogo di trasferimento definitivo del beneficiario, fosse il foro più conforme alla *ratio* dell'istituto caratterizzato per l'esigenza di una costante interlocuzione tra il beneficiario ed il giudice tutelare.

Ciò che comporta la necessità, per quest'ultimo, di considerare nel modo più efficace e diretto, i bisogni e le richieste del beneficiario durante tutto l'arco di tempo in cui vige l'amministrazione e dunque anche dopo la nomina dell'amministratore.

La conseguenza diretta di tale considerazione è il radicamento della competenza territoriale in ordine al relativo procedimento con riferimento non già alla residenza anagrafica, ma alla dimora abituale del beneficiario.

La Corte precisa, peraltro, che ai fini dell'individuazione della predetta dimora, rileva il momento in cui debbono essere adottati determinati provvedimenti sulla base di una serie di sopravvenienze e non opera in tale materia, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, in considerazione della natura del procedimento in esame, che costituisce espressione di giurisdizione volontaria non contenziosa e "segue" il beneficiario in caso di suo trasferimento ([3]).

[1] Cass. civ., 18.11.2016, n. 23571, in *Giust. civ. mass.*, 2017; Cass. civ., 2.7.2013, n. 16544 in *Giust. civ. mass.* 2013 per cui "in tema di nomina dell'amministratore di sostegno, la competenza per territorio spetta al giudice tutelare del luogo in cui la persona interessata abbia stabile residenza o domicilio; pertanto le risultanze anagrafiche non assurgono a dato preminente, se vengono superate da evenienze di fatto conclamanti un diverso effettivo domicilio della persona, nel cui interesse si chiede l'apertura del procedimento"; Cass. civ. 7.5.2012, n. 6880 in *Foro it.* 2012, 9, I, 2366, osserv. di de marzo, per cui "competente a provvedere sull'istanza di sostituzione dell'amministratore di sostegno è il giudice del luogo di residenza del beneficiario, ancorché si tratti di luogo diverso da quello che ha radicato la competenza del giudice che ha adottato il decreto di nomina dell'amministratore". Conf. Cass. 16.9.2011, n.19017 in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 10, 1392

[2] Cass. civ., 14.1.2008, n. 588, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1, 36 secondo cui in tema di nomina dell'amministratore di sostegno, ai sensi dell'art. 404 c.c. la competenza per territorio spetta al giudice tutelare del luogo in cui la persona interessata abbia la residenza o il domicilio; stante l'alternatività di detto criterio, lo stato di detenzione in manicomio giudiziario, in esecuzione di sentenza definitiva, avendo carattere coattivo, non implica in via automatica mutamento di domicilio il quale, ex art. 43 c.c., si presume ancora fissato, in difetto di manifestazione di volontà dell'interessato, nel luogo dove il predetto aveva abituale dimora prima dell'inizio del citato stato di detenzione"

[3] Cfr. Cass., 11.10.2017, n. 23772 in *Giust. civ. mass.*, 2016; vedi anche Cass. civ., 17.4.2013, n. 9389 in *Giust. civ. mass.* 2013 per cui "in tema di ammini-

Peraltro, anche laddove si volesse sostenere che la competenza territoriale fosse originariamente attribuibile al Giudice tutelare presso il Tribunale di Fermo, cosa che non è per essere stato il beneficiario cancellato dal registro anagrafico del detto comune, comunque, la competenza del Tribunale di Ascoli Piceno verrebbe confermata per effetto dell'avvenuto trasferimento

definitivo del beneficiario-detenuto presso detta Corte Circondariale. Il trasferimento della competenza, dal luogo dell'ultima domicilio o dimora al luogo della detenzione, impone a sua volta il trasferimento dell'intera procedura di amministrazione di sostegno presso tale Tribunale, dinanzi al quale il procedimento di amministrazione andrà riassunto nel termine di legge.

strazione di sostegno, la competenza territoriale si radica con riferimento alla dimora abituale del beneficiario e non alla sua residenza, in considerazione della necessità che egli interloquisca con il giudice tutelare, il quale deve tener conto, nella maniera più efficace e diretta, dei suoi bisogni e richieste, anche successivamente alla nomina dell'amministratore; né opera, in tal caso, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, trattandosi di giurisdizione volontaria non contenziosa, onde rileva la competenza del giudice nel momento in cui debbono essere adottati determinati provvedimenti sulla base di una serie di sopravvenienze.

TRUST

Il trust interno: azione revocatoria e litisconsorzio necessario

di Martina Mazzei

del 20 marzo 2019

Sommario

Il trust internazionale: la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1989
Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'ammissibilità del c.d. trust interno
L'art. 2645 ter c.c.
L'azione revocatoria e il litisconsorzio necessario: la posizione della giurisprudenza di merito

Il trust internazionale: la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1989

Il trust^[1] è un istituto, di matrice anglosassone, in forza del quale un soggetto disponente (*settlor*) trasferisce uno o più beni ad un soggetto fiduciario (*trustee*) che si obbliga a gestirli nell'interesse di un terzo (*beneficiary*) o per il conseguimento di uno scopo determinato e ulteriormente specificatamente espresso.

Le figure del disponente e del *trustee* possono talvolta coincidere ed, in questo caso, si configura una separazione patrimoniale all'interno dello stesso patrimonio del *settlor* fra i beni oggetto del trust e tutti gli altri beni.

Oltre al *settlor*, al *trustee* e al *beneficiary* il trust può prevedere anche la presenza di un *protector* ossia di un soggetto che ha l'obbligo di controllare che il *trustee* gestisca i beni nell'interesse del beneficiario.

Il trust internazionale è disciplinato dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985^[2] - recepita nel nostro ordinamento con la legge n. 364 del 16 ottobre 1989^[3] - la quale stabilisce la nozione di trust, nonché i presupposti necessari (e quelli eventuali) per la sua costituzione ed i relativi effetti giuridici.

La Convenzione definisce il trust un negozio unilaterale^[4] - che può essere costituito sia per atto tra vivi che *mortis causa*

[1] Sull'istituto trust internazionale e, in particolare, sul trust di *common law* cfr. S. M. CARBONE, *La disciplina regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, in TAF, 2000, 145; G. C. CHESHIRE, *Il concetto di "Trust" secondo la common law inglese*, Torino, 1998; R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; A. GALLARATI, *La galassia del trust in common law una questione di (ottimale) path dependence*, in Riv. dir. civ., 2008, suppl., 173; A. GAMBARO, voce *Trust*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIX, Torino 1999, 449; M. GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in Dig. disc. priv., sez. comm., XVI, Torino, 1999, 257; M. LUPOLI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971; M. LUPOLI, *Trusts II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in Enc. giur., XXXI, 1995, 1; M. LUPOLI, *Trusts*, Milano, 2001; M. LUPOLI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in Eur. dir. priv., 1998, 427; R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale*, in Rass. dir. civ., I, 2000, 87; M. FRATINI, *Le garanzie reali e personali*, Milano, 2010, 467.

[2] Per un'analisi della Convenzione v. A. GIARDINA, *Note introduttive*, A. GAMBARO - A. GIARDINA - G. PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in Le nuove leggi civ. comm., 1993, vol. II, 1211; C. MASI, *La Convenzione dell'Aja in materia di trusts*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999; S. BUTTÀ, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in TAF, 2000, 551; S. M. CARBONE, *La disciplina regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, in TAF, 2000, 145; M. LUPOLI, *Trusts II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in Enc. giur., XXXI, 1995, 1; R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale*, in Rass. dir. civ., I, 2000, 87.

[3] La legge di ratifica del 16 ottobre 1989 n. 364 è consultabile sul sito dell'Associazione "Il trust in Italia" <https://www.il-trust-in-italia.it/document.php?docx=109,2778t7Mt884NMh9SAu96HGSV>.

[4] In particolare l'art. 2 della Convenzione stabilisce che "Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine deter-

- che non necessita di accettazione e che, a norma dell'art. 6, può essere regolato secondo la legge scelta dal *settlor*.

Nell'ottica di dare prevalenza all'elemento volontaristico vi-ge, infatti, il principio della libera scelta della legge rego-latrice da parte del disponente. Tuttavia tale libertà di scel-ta non è assoluta in quanto l'art. 6 della Convenzione è ac-compagnato da numerose disposizioni che, prevedendo al-cune restrizioni, limitano notevolmente l'ambito di autono-mia del *settlor*.

La Convenzione stabilisce, anzitutto, che la legge scelta dal costituente deve appartenere ad un ordinamento che conosca l'istituto del trust.

In base all'art. 7, inoltre, qualora non sia stata scelta alcuna legge, il trust sarà regolato dalla legge con la quale presen-ta più stretti legami sulla base di quattro criteri:^[5] il luogo di amministrazione del trust designato dal costituente; il luogo in cui si trovano i beni che compongono il trust *fund*; la resi-denza o domicilio del *trustee* e il luogo dove dovrà essere re-alizzato l'obiettivo del trust.

Ulteriori restrizioni alla libertà di scelta della legge regolatri-ce sono costituite dall'insieme delle norme (contenute negli artt. 15-21) volte a prevenire la possibilità che la Convenzio-ne possa essere utilizzata quale strumento per eludere le nor-me imperative o i principi di ordine pubblico.

L'istituto del trust, a norma dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja, dà luogo ad un fenomeno di segregazione e desti-nazione patrimoniale in quanto i beni oggetto dello stesso, pur entrando a far parte del patrimonio del *trustee*, costitu-iscono una massa autonoma e separata non confondendosi con gli altri beni del patrimonio personale del fiduciario.

Tale fenomeno ricorre nei casi in cui la legge consente ai pri-vati di separare determinati beni dalla propria sfera giuridica - pur senza privarsi della titolarità formale degli stessi - im-primendo ai medesimi un vincolo di destinazione per effetto del quale detti beni non possono essere distratti dallo scopo per il quale sono destinati.

Nel trust, infatti, il *settlor* trasferisce uno o più beni al *tru-see* che si impegna ad amministrarli ed a disporne a favore del beneficiario secondo le modalità previste dall'atto costi-tutivo e nei limiti imposti dalla legge.

La separazione patrimoniale è la peculiarità irrinunciabile del trust ed è funzionale ad evitare che i beni che ne costitui-scono oggetto possano essere aggrediti dai creditori persona-li del *trustee* e del *settlor*.

Il patrimonio separato e destinato diviene, infatti, insensibi-le alle vicende personali del soggetto a cui formalmente ap-partiene, in quanto i beni vincolati sono sottratti alla garan-zia patrimoniale generica che incombe sull'intestatario de-gli stessi, la logica conseguenza che ne discende è che il pa-trimonio separato può essere aggredito solo dai creditori del trust.

Il testo della Convenzione tradotto in italiano dall'Associa-zione "Il trust in Italia" è reperibile all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it/aja/>.

Il trust è caratterizzato dai seguenti elementi:

a. *I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;*

b. *I beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro sogget-to per conto del trustee;*

c. *Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.*

Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust".

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'ammissibilità del c.d. trust interno

Si è a lungo discusso circa la possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento la figura del c.d. trust interno.

minato.

[5] Secondo A. SARAVALLE, *Commento all'art. 7*, in A. GAMBARO - A. GIARDINA - G. PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro ri-conoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, vol. II, 1252 ss; l'elencazione dei criteri non sarebbe tassativa, sicché al giudice non è preclusa la possibilità di fare riferimento ad ulteriori criteri di collegamento.

Un primo orientamento dottrinale^[6] e giurisprudenziale^[7], sulla base di una serie di argomentazioni, ritiene che non sia possibile riconoscere un trust privo di elementi di internazionalità. Secondo questa ricostruzione la Convenzione dell'Aja offre una copertura legislativa solo al trust c.d. internazionale e giammai al trust interno.

Le ragioni dell'inammissibilità del trust interno risiedono, principalmente, nell'effetto di segregazione patrimoniale che si realizza per mezzo del trust, suscettibile di porsi in contrasto con il principio dell'unitarietà della responsabilità patrimoniale consacrato nell'art. 2740 c.c.

La Convenzione dell'Aja - considerata dal suddetto orientamento esclusivamente come norma di diritto internazionale privato - non sarebbe idonea a introdurre una nuova ipotesi di patrimonio separato rispetto a quelle previste dall'ordinamento nazionale e, quindi, sarebbe insuscettibile di derogare al divieto di cui all'art. 2740 co. 2 c.c., considerato di natura imperativa.

Di conseguenza il contrasto fra la separazione patrimoniale cui dà luogo l'istituto del trust e l'art. 2740 c.c. condurrebbe alla nullità del trust interno^[8].

In secondo luogo, secondo questo orientamento restrittivo, ammettere la possibilità di un trust interno implicherebbe la violazione del principio della tipicità dei diritti reali: dal momento che la proprietà del *trustee* è strumentale e tempora-

nea - finalizzata a soddisfare i bisogni del beneficiario - il trust configura un diritto reale non previsto, atipico e non riconducibile al diritto di proprietà che, nel nostro ordinamento, per definizione è perpetua.

Da ultimo, verrebbe violato anche il principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione consacrato, nel nostro ordinamento, all'art. 2643 c.c.

L'art. 12 della Convenzione dell'Aja disciplina, infatti, la trascrivibilità del trust prevedendo che *"il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa"*.

L'orientamento più restrittivo della dottrina ritiene che la portata di tale disposizione convenzionale non sarebbe quella di consentire la trascrivibilità del trust nell'ordinamento italiano bensì proprio quella di negarla.^[9]

Il sistema della trascrizione previsto nel nostro ordinamento, improntato a rigidi criteri di tipicità, è, infatti, incompatibile con la possibilità di dare pubblicità al diritto del *trustee* in quanto, in base al combinato disposto degli artt. 2643 e 2645 c.c., non è consentito trascrivere atti che producano effetti diversi da quelli tipici.

[6] In dottrina v. F. GAZZONI, *Tentativo impossibile (osservazioni di un "giurista non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2011; F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, 2002; F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e sulle altre bagatelle)*, in *Riv. Not.*, 2001, 1247; V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, nota a decreto Trib. Parma 21 ottobre 2003, in *Corr. Giur.*, 2004, 76 ss.; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Not.*, 1998, III, 1323; C. CASTRONOVO, *Il Trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 32; A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti del trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, 93; A. GAMBARO, *Il «Trust» in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 494; L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2009; L. GATT, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Riv. Not.*, 2011, 280; L. GATT, *La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, in *NGCC*, II, 2013, 622; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001; A. GAMBARO, *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del «trustee» ai sensi della XV convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 257; F. GALLUZZO, *Il «trust» internazionale ed il «trust» interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corriere giur.*, 2003, 264; P. SCHLESINGER, *Il «trust» nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni del notariato*, 2002, fasc. 7.

[7] Parte della giurisprudenza di merito pur ammettendo la piena operatività del trust in Italia, non riconosce il trust interno cfr. Trib. Belluno, decr., 25 settembre 2002 il quale ha affermato che *"posto che la convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 regola conflitti di legge e non ha assunto il carattere di convenzione di diritto sostanziale uniforme, il trust è riconosciuto nel nostro ordinamento nei limiti dettati dall'art. 13 della stessa e cioè solo quando si tratta di un trust costituito in uno Stato che conosca e disciplini il tipo di trust in questione; ne consegue che il c.d. trust interno non trova riconoscimento in Italia e, per tale ragione, non può essere fatto oggetto di pubblicità"* e Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 14 luglio 1999, *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Impresa*, n. 43, e, per esteso, *Riv. dir. impresa*, 2000, 117, con nota di F. PASCUCCHI.

[8] In tal senso F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (Lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. Not.*, 2001, 1247 ss. secondo il quale *"il vero ostacolo è dunque l'art. 2740 c.c., secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore, nel senso dell'aggregabilità del suo patrimonio, sono fissate dalla legge (e non dunque dall'autonomia privata, che in questa materia ha un ben ristretto campo di azione, sul piano, peraltro, puramente obbligatorio, cioè inter partes)"*; cfr. anche C. CASTRONOVO, *Il Trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. dir. priv.*, 1998; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Not.*, 1998, III, 1329 il quale tuttavia ritiene che il contrasto fra la separazione patrimoniale cui dà luogo il trust e l'art. 2740 c.c. debba essere risolto in termini di inefficacia dell'atto piuttosto che in termini di invalidità.

[9] In tal senso si esprime F. GAZZONI, *Tentativo impossibile (osservazioni di un "giurista non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2011, 12 ss.

Se, infatti, è vero che gli artt. 2643 e 2645 c.c. consentono anche la trascrizione di atti non esplicitamente menzionati nell'elenco di cui all'art. 2643 c.c., tale facoltà sarebbe in ogni caso riservata esclusivamente agli atti che producono i medesimi effetti di quelli ivi indicati in quanto - se pur si volesse ritenere che non sussista tipicità degli atti trascrivibili - si deve, tuttavia, ritenere che vi sia tipicità degli effetti della trascrizione ex art. 2643 c.c.^[10]

Di conseguenza, in assenza di un'apposita norma che amplifichi le fattispecie tipiche non sarebbe possibile trascrivere il trust interno nei pubblici registri.

L'orientamento prevalente^[11], invece, sostiene che il trust, a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja ad opera della L. 364/1989, trovi piena cittadinanza nel sistema giuridico italiano e, quindi, sia configurabile un trust c.d. interno. A sostegno dell'ammissibilità di tale istituto si adducono una serie di argomentazioni volte a demolire quelle sostenute dal contrapposto orientamento.

Anzitutto non sarebbe violato l'art. 2740 c.c. in quanto la sua deroga è giustificata proprio dalla legge di ratifica della Convenzione dell'Aja che ha riconosciuto il trust anche nell'ordinamento italiano. Infatti, se l'ordinamento riconosce il trust internazionale è evidente che non riconoscendo l'esistenza del trust interno si determinerebbe una violazione del principio di uguaglianza a causa dell'evidente disparità di trattamento fra i due istituti.

La dottrina, infatti, rinviene nell'art. 11 della Convenzione la norma idonea a conferire una copertura legale a questa nuova ipotesi di separazione patrimoniale. L'obiettivo della Convenzione dell'Aja, infatti, non è solo quello di dettare dei criteri uniformi per individuare la legge applicabile ad un trust che presenti elementi di estraneità rispetto alla legge dello Stato che lo disciplina, bensì quello di permettere che tali criteri possano produrre un effetto sostanziale nei c.d. ordinamenti non trust.

Secondo questa prospettiva, dunque, l'art. 11 della Convenzione, disciplinando gli effetti del trust, assume carattere sostanziale.

È stato rilevato, infatti, che la separazione patrimoniale è un effetto connaturale al riconoscimento del trust che, al pari delle altre ipotesi nominate di separazione patrimoniale, non può considerarsi in contrasto con i valori dell'ordinamento italiano.^[12]

Secondo l'orientamento prevalente, inoltre, non si pone un problema di tipicità dei diritti reali perché il trust rappresenta un diritto reale che, sebbene atipico, è previsto dalla legge. A maggior sostegno di tale statuizione, la dottrina sottolinea l'importanza dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja ai sensi del quale nessuno Stato è tenuto al riconoscimento del trust ben potendo introdurre delle norme volte ad escludere l'ammissione.

Ed allora fino a quando il legislatore nazionale non introdu-

^[10] Cfr. F. GAZZONI, *Tentativo impossibile (osservazioni di un "giurista non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2011, 17 ss sostiene che "il richiamo a quest'ultima norma (l'art. 2645 c.c.) è peraltro del tutto inconferente e risponde all'errata idea che essa abbia il compito di legittimare la trascrizione quando l'effetto dell'atto sia analogo o simile ad uno di quelli previsti dall'art. 2643 c.c. e non già identico, come viceversa deve essere, dovendosi adottare, per quanto già detto, una nozione di effetto giuridico in senso formale e tipico. L'art. 2645 c.c., infatti, ha il solo (ma importante) scopo di ampliare l'area degli atti soggetti a trascrizione sul piano non già dei loro effetti, ma della loro natura e struttura e dunque non i soli contratti e le sole sentenze, ma anche i negozi unilaterali e gli atti amministrativi, produttivi degli stessi effetti di cui all'art. 2643 c.c. Per quanto riguarda l'art. 2643 n. 1 c.c., poi, è evidente che la proprietà del trustee nulla ha a che vedere con quella che acquista un acquirente nella compravendita o un donatario nella donazione o anche il fiduciario, atteso che, come è ben noto, i limiti derivanti dal pactum fiduciae non hanno rilevanza esterna e, risolvendosi in obblighi, legittimano, in caso di inadempimento, il solo risarcimento del danno. Il fiduciante dunque, sul piano della opponibilità, può solo sperare di trascrivere tempestivamente la domanda ex art. 2652 n. 2 c.c. in virtù del diritto di credito al ritrasferimento che egli vanta, per prevalere sugli aventi causa dal fiduciario infedele o che, inadempiente nei confronti di terzi, rischi di subire un pignoramento immobiliare".

^[11] In dottrina v. F. DI CIOMMO, *La convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985 ed il c.d. «trust» interno*, in *Temi romana*, 1999, 779; A. BRAUN, «Trusts» interni, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 578; M. LUPOLI, *Trusts*, Milano, 2001; M. LUPOLI, *Trusts in diritto civile*, in *Vita Not.*, 2003, 605; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust» interno alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 133; F. DI CIOMMO, *Struttura causale del negozio di «trust» ed ammissibilità del «trust» interno*, in *Trusts*, 2003, 178; R. SICLARI, *Il «trust» interno tra vecchie questioni e nuove prospettive: il «trust» «statico»*, in *Vita Not.*, 2002, 727; M. LUPOLI, *I «trusts» interni al vago giurisdizionale in occasione della trascrizione di un «trust» auto-dichiarato*, in *Notariato*, 2002, 383; M. LUPOLI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, 1164; M. LUPOLI, *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corr. giur.*, 1995, Vol. 2, 1209; L. SANTORO, *Il Trust in Italia*, Milano, 2009.

^[12] Sul carattere sostanziale dell'art. 11 si esprimono G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 119 ss; GAMBARO, *Il «Trust» in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 1215 ss.; A. GAMBARO, *Trust e trascrizione*, in *TAF*, 2002, 464 ss.; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 263; A. GALLARATI, *La galassia del trust in common law una questione di (ottimale) path dependence*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl., 173; A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010; A. GALLARATI, *Fiducie v trust. Spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciari in diritto italiano*, in *TAF*, 2010, 238; A. GALLARATI, *La Pubblicità del diritto del trustee*, Torino, 2012.; R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985: un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, I, 2000, 107 ss.

rà una norma che espressamente esclude il trust interno si deve necessariamente ritenere che esso sia ammissibile in base alla Convenzione ratificata.

Per quanto riguarda, invece, la trascrizione - a differenza di quanto sostenuto dall'orientamento più restrittivo - la dottrina dominante^[13] ritiene che la possibilità di trascrivere il trust nei registri immobiliari si basi sull'art. 12 della Convenzione che, in forza della legge di attuazione (l. n. 364 del 1989), amplirebbe l'elenco degli atti trascrivibili ex art. 2643 c.c.

La Convenzione, infatti, oltre a contenere norme di diritto internazionale privato, conterrebbe anche alcune norme sostanziali uniformi, tra le quali proprio l'art. 12 che, per tale ragione, introduce, negli ordinamenti che non conoscono il trust, una nuova fattispecie trascrivibile permettendone l'operatività.

In tal senso è stato osservato come l'art. 12 della Convenzione è essenzialmente destinato ai paesi di *civil law*, *“nei quali è quasi sempre necessario specificare che le caratteristiche intrinseche alla proprietà del trustee debbono essere oggetto di manifestazione pubblicitaria per potersi affermare con sicura efficacia”*.^[14]

Tale rilievo, in effetti, sembra trovare conferma anche nella relazione esplicativa della Convenzione dalla quale emerge che l'art. 12 è stato introdotto per risolvere alcuni problemi

pratici che si sarebbero potuti verificare negli Stati che non conoscono il trust: la difficoltà cui si fa riferimento è, appunto, legata alla necessità di riportare il più fedelmente possibile nei pubblici registri le peculiarità del trust.^[15]

Questa impostazione dottrinale è stata condivisa dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito.^[16]

In numerose pronunce si legge che qualora si negasse la possibilità di trascrivere l'atto costitutivo del trust non sarebbe possibile rendere opponibile ai terzi il carattere fiduciario del trasferimento con la conseguenza di vanificare le finalità del trust stesso.

Inoltre, il principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione deve essere inteso in senso elastico con riferimento agli effetti che lo stesso produce: nella specie l'effetto del trust è identico a quello prodotto dagli altri atti di cui all'art. 2643 c.c. - ossia quello di un trasferimento della proprietà con condizioni e vincoli - tale per cui l'istituto del trust è necessariamente trascrivibile. E, se pure non si volesse prendere in considerazione tale assunto, il trust sarebbe comunque trascrivibile in base all'art. 2645 c.c. il quale permette la trascrizione di altri atti soggetti a trascrizione.

Da ultimo, inoltre, con l'approvazione della l. 22 giugno 2016 n. 112 (legge c.d. «sul Dopo di noi»),^[17] - la quale ha annoverato il trust fra i rapporti giuridici cui si può fare ricorso per realizzare progetti di vita in favore di disabili gravi

[13] In tal senso cfr. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 260 ss.; A. GAMBARO, *Trust e trascrizione*, in TAF, 2002, 346 ss.; S. BARTOLI, *Trust*, Milano, 2001, 582 ss.; L. BATTISTELLA, *Pubblicità: registri mobiliari, immobiliari e sistema tavolare* in M. G. MONEGAT - G. LEPORE - I. VALAS (a cura di), *Trusts, aspetti sostanziali e applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2007, 131 s.; P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la convenzione dell'Aja*, in *Riv. Not.*, 1995, 62; S. BUTTÀ, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in TAF, 2000, 551 ss.; M.L. CENNI, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, in TAF, 2002, 361 ss.

[14] Così A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 260.

[15] Sul punto cfr. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 260; M. C. PAGNI, *Commento all'art. 12*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, II, 1993, p. 1274 ss. Dalla relazione emerge, altresì, che la precisazione finale per cui la trascrizione della qualità del trustee è ammessa salvo che la legge del luogo ove deve avvenire la trascrizione non lo vieti è stato inserito quale clausola di salvaguardia. Si legge che *“this restriction might possibly have been included in article 15; however, it was preferred to insert it directly in this special provision. In addition, the escapse clauses of articles 13, 15 and 16 may also limit the scope of article 12”*.

[16] In tal senso Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007; Trib. Bologna, decreto 18 aprile 2000, in TAF, 2000, 373 s. con nota di A. TONELLI, ove il giudice di merito rileva che *“ove fossero individuati elementi ostativi verrebbe a cadere qualsiasi effetto al riconoscimento che lo Stato italiano ha operato dell'istituto del trust con la sottoscrizione e successiva ratifica della Convenzione dell'Aja sopra richiamata atteso che, il trust non potrebbe trovare alcuna applicazione ed in particolare: i beni non potrebbero essere intestati al trustee, con quanto ne consegue in ordine ai poteri di autonoma gestione e disposizione dei beni oltreché di legittimazione attiva e passiva in giudizio, ma soprattutto non potrebbe trovare attuazione poiché inapplicabile ai terzi l'effetto della separazione dei beni in trust da quelli personali del trustee”*.

[17] L. GATT, *La destinazione patrimoniale di fonte negoziale tra restrizioni interpretative e limitazioni legislative*, in Foro it. anno 2016, parte V, col. 338, sostiene, invece, che *“il dibattito sull'ammissibilità del trust in Italia e, più in generale, sull'operatività della destinazione patrimoniale di fonte negoziale, in tutte le sue forme possibili, imperversa in ambito dottrinale e giurisprudenziale, con riflessi caotici sulla prassi negoziale. Ciò avrebbe potuto essere evitato, ricorrendo ad una più rigorosa tecnica interpretativa. Tuttavia, ben lungi dal favorire il superamento di tali divergenze, la l. 112/16 elabora norme che, nella sostanza, si contraddicono, regolando in modo identico tre fattispecie (solo apparentemente?) diverse”*.

privi dell'aiuto della famiglia - parte della dottrina ha ritenuto che il legislatore abbia pienamente e definitivamente riconosciuto l'istituto del trust interno.

Secondo alcuni, tuttavia, le regole del terzo paragrafo dell'art. 11 della Convenzione non sarebbero norme di diritto materiale uniforme giacché trovano applicazione nella misura in cui siano previste dalla legge determinata ai sensi della Convenzione. In tal senso LUPOI, *Trust*, Milano, 2001, 529. Infatti, anche qualora si ritenga che la Convenzione si ponga esclusivamente quale norma di diritto privato internazionale, sembra corretto ritenere che il trust, nell'ottica di una tipizzazione della separazione patrimoniale, riceva una copertura legale dalla legge straniera, in virtù del rinvio operato dalla Convenzione stessa. È chiaro, infatti, che ai fini dell'applicazione della Convenzione, qualora si ravvisasse nell'art. 2740 c.c. una norma imperativa o di applicazione necessaria, si finirebbe per negare la funzione primaria di quest'ultima, ossia permettere ai trusts di common law, che presentino profili di internazionalità, di produrre effetti negli ordinamenti in cui tale istituto è sconosciuto.

In senso conforme v.: Trib. Chieti, ordinanza del 10 marzo 2000, in TAF, 2000, 372 ss.; Trib. Pisa, sentenza del 22 dicembre 2001, in TAF, 2002, 241 ss.; per ulteriori riferimenti cfr. anche A. BRAUN, *Trust interni*, Riv. dir. civ., 2000, II, p. 591.

L'art. 2645 ter c.c.

Con il d.lgs. n. 273 del 2005 - convertito in legge n. 51 del 2006 - è stato introdotto l'art. 2645 ter c.c. il quale disciplina la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'articolo 1322,

co. 2 c.c., riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche.

Dottrina e giurisprudenza continuano ad interrogarsi sulla portata di questa disposizione chiedendosi se la stessa abbia introdotto un nuovo istituto nell'ordinamento italiano ovvero se sia volta a regolamentare, tramite la trascrizione, gli effetti di fattispecie atipiche.

Parte della dottrina ritiene che l'art. 2645 ter c.c., pur contenendo al contempo norme sostanziali e norme sugli effetti, non disciplini un nuovo istituto ma faccia riferimento a destinazioni patrimoniali atipiche^[18].

Su un versante differente si colloca, invece, l'impostazione adottata da altra parte della dottrina e della giurisprudenza secondo cui l'art. 2645 ter c.c. non introdurrebbe un nuovo negozio di destinazione nell'ordinamento italiano ma soltanto "un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione (...) accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi"^[19].

L'orientamento dominante^[20], invece, ritiene che l'art. 2645 ter c.c. abbia introdotto esplicitamente, all'interno dell'ordinamento italiano, l'istituto del trust ancorandolo alla realizzazione di una funzione economico-sociale meritevole di tutela. La dottrina maggioritaria, infatti, sostiene che con l'introduzione di tale disposizione si sia data vita ad una nuova tipologia di atti ad effetti reali: gli atti di destinazione tra cui rientra anche il trust interno.

La norma, pur non menzionando espressamente l'istituto del trust, contiene l'importante previsione dell'effetto segregativo - per i negozi di destinazione stipulati in vista della protezione di interessi meritevoli di tutela - prevedendone la trasrività ai fini della loro opponibilità ai terzi.

[18] Cfr. G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645-ter c.c., relazione al seminario Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645-ter c.c.*, Consiglio Notarile di Milano e Scuola notarile della Lombardia, Milano 19 giugno 2006; R. LENZI, *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, p. 201, secondo il quale l'atto di destinazione sarebbe figura già ammessa nell'ordinamento italiano sicché "la norma non innova sul piano della fattispecie ma, riconoscendone implicitamente l'esistenza e la legittimità, ne regola gli effetti e detta alcuni presupposti senza i quali tali effetti non si produrrebbero"; R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, p. 48 ss. secondo il quale la norma non introdurrebbe la fattispecie degli atti di destinazione quale categoria generale. La norma dando per presupposto l'esistenza di tali atti, si limiterebbe a prevedere i requisiti in presenza dei quali questi potrebbero essere trascritti ai fini dell'effetto a rilievo reale.

[19] In questo senso Trib. Trieste, 7 aprile 2006; Trib. Reggio Emilia, 23 marzo 2007; Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Giur. it.*, 2012, 2274, con nota critica di R. CALVO, *Trust e vincoli di destinazione: "conferire" vuol dire trasferire?*.

[20] V. in dottrina A. GALLARATI, *La pubblicità del diritto del trustee*, Torino, 2012, p. 133 ss.; M. BIANCA, voce *Destinazione (negozio di)*, in *Il diritto*, Enc. giur. del Sole 24 ore, VI, Bergamo, 2007, 15; M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, I, 187; S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 1297; M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. Not.*, 2009, 557; M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto di negoziale di destinazione*, in *L a trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 29 ss.; M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di un trust*, in *Riv. Not.*, 2006, 467 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 166, il quale rileva che: "(...) l'art. 2645-ter c.c. è, prima ancora che norma sulla pubblicità e quindi sugli effetti, norma sulla fattispecie, che avrebbe meritato dunque, previa scissione, di figure in un diverso contesto, di disciplina sostanziale".

La trascrizione, quindi, svolge una funzione dichiarativa per quanto riguarda l'opponibilità del negozio ai terzi e una funzione costitutiva, inerente all'effetto segregativo, senza il quale la destinazione non potrebbe di fatto realizzarsi.

Tale effetto segregativo comporta che i beni conferiti possano costituire oggetto di esecuzione ove i debiti siano contratti a tale scopo. Potranno, infatti, soddisfarsi sul patrimonio destinato soltanto i creditori il cui credito sia stato contratto per il perseguimento della destinazione, non potendo soddisfarsi, invece, i creditori che vantano sul bene un diritto di credito che esuli dalle finalità proprie del patrimonio destinato.

Lo scopo dell'atto di destinazione patrimoniale, secondo il disposto dell'art. 2645 *ter* c.c., deve consistere nella realizzazione di specifici interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c.

Il requisito della meritevolezza è stato diversamente interpretato in dottrina. Parte di essa ritiene che il vincolo si giustifica solo se viene perseguito un fine di utilità sociale a carattere superindividuale e socialmente utile. Secondo tale tesi, laddove non venga perseguito un fine di pubblica utilità, l'atto sarebbe nullo e non potrebbe essere sanato dalla trascrizione (i cui effetti si producono solo se il titolo è valido). La dottrina maggioritaria, invece, sostiene che il requisito della meritevolezza sia soddisfatto ogniquale volta lo scopo perseguito sia lecito ovvero non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Pertanto la meritevolezza di tutela verrebbe meno laddove vengano valicati i limiti della liceità, dell'ordine pubblico e del buon costume. Così inteso il requisito della meritevolezza dello scopo si può affermare che esso non rappresenta solo un requisito di opponibilità del vincolo ma soprattutto un requisito necessario di validità della destinazione patrimoniale.

Il negozio di cui all'art. 2645 *ter* c.c., infatti, è un negozio eccezionale che incide negativamente sulla sfera giuridica dei creditori in quanto deroga a due principi fondamentali del nostro ordinamento: il principio di cui all'art. 2740 c.c. secondo cui i creditori devono avere la possibilità di soddisfarsi su tutti i beni del debitore, presenti e futuri; e il principio di sicurezza dei traffici giuridici, secondo cui i proprietari nor-

malmente hanno il potere di disposizione e di gestione pieno e incondizionato dei propri beni (art. 832 c.c.).

Pertanto per giustificare l'eccezionale compressione dei diritti dei creditori è necessario che il negozio *de quo* persegua fini di utilità sociale meritevoli di tutela.

In dottrina in tal senso P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.* 2006, I, 632; CALVO, *Trust e vincoli di destinazione: "conferire" vuol dire trasferire?*; ulteriori riferimenti in A. PICIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, p. 2274 ss., secondo il quale "attraverso la pubblicità costitutiva del vincolo reale è stata assegnata rilevanza esterna (...) al vincolo di scopo (...), il cui contenuto non è circoscritto da un numero chiuso o predefinito di destinazioni".

L'azione revocatoria e il litisconsorzio necessario: la posizione della giurisprudenza di merito

Nel caso in cui il debitore disponga dei propri beni e diritti con la finalità di ledere la posizione dei propri creditori, privandosi di consistenze patrimoniali potenzialmente aggredibili - e, quindi, diminuendo la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. - l'atto di costituzione del vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. è assoggettabile all'azione revocatoria ordinaria, ex art. 2901 c.c., [21] al fine di ottenerne l'inefficacia relativa.

L'atto destinatorio, infatti, pur non determinando la fuoriuscita dei beni dal patrimonio del disponente, comporta un effetto di segregazione patrimoniale che imprime agli stessi una destinazione idonea a sottrarli alla generica garanzia dei creditori in quanto, per effetto della costituzione del vincolo, possono costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per la realizzazione del fine di destinazione.

Lo strumento dell'azione revocatoria rappresenta, quindi, il rimedio offerto dall'ordinamento per tutelare le ragioni creditorie che possano essere lese dall'istituzione di un trust da parte del debitore.

L'azione revocatoria, nota anche come *actio pauliana*, ex art. 2901 c.c., ha, infatti, la funzione di ricostituire la garanzia

[21] Sull'esperibilità dell'azione revocatoria nel trust v. in dottrina F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, «trust» e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, 1469; A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive, in Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche normative*, Milano 2003, 23; G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 414 ss.; G. PALERMO, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 251; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001; M. LUPOLI, *I trust, i flussi giuridici e le fonti di produzione del diritto*, in *Foro it.* anno 2018, parte I, col. 3147; M. A. LUPOLI, *Primi temi del diritto processuale dei trust*, in *Trusts e attività finanziarie*, 14, 245-255; M. A. LUPOLI, *Beneficiari litisconsorti nell'azione revocatoria?*, in *Trusts e attività finanziarie*, 2016, p. 476-48M. A. LUPOLI, *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario*, in *Trust*, 2013, p. 12-21.

generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore la cui consistenza, per effetto dell'atto di disposizione, si sia ridotta al punto di pregiudicare la realizzazione del diritto del creditore con l'eventuale azione espropriativa.

In coerenza con tale funzione, l'azione revocatoria, ove esperita vittoriosamente, determina, nei soli confronti del creditore procedente, l'inefficacia dell'atto pregiudizievole.

Nel caso di trust, le condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria sono rappresentate dalla *scientia damni*, ossia dalla necessaria e sufficiente consapevolezza del debitore (nonché disponente) di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore, e dall'*eventus damni*, ossia dalla conseguente soddisfazione coattiva del credito.

La funzione dell'*actio pauliana*, quindi, non è soltanto quella di ricostituire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del suo debitore ma soprattutto quella di assicurare una maggiore "fruttuosità e speditezza" dell'azione esecutiva.

L'azione revocatoria, infatti, non ha nè effetto restitutorio, in quanto l'atto di disposizione posto in essere dal debitore è valido ed efficace *erga omnes* con l'unica eccezione del creditore procedente, né efficacia satisfattoria dovendosi escludere che, quando il credito abbia ad oggetto un bene determinato e individuabile nel patrimonio del debitore, il creditore possa ottenerlo direttamente in seguito al favorevole esercizio dell'azione revocatoria essendo necessario, a tal fine, l'esperimento di una successiva azione esecutiva.

Per quanto riguarda le parti dell'azione revocatoria l'art. 2901 c.c. menziona il creditore le cui ragioni siano pregiudicate, il debitore che abbia posto in essere atti di disposizione del patrimonio (ossia il disponente), e il terzo avente causa del debitore. È pacifico che tra tali soggetti si realizzi un'ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.

A tal proposito, uno dei temi processuali più interessanti, è quello relativo alla possibilità di considerare - nel caso di azione revocatoria esperita sul trasferimento dei beni in trust - i beneficiari del trust quali litisconsorti necessari.

Tuttavia, prima di approfondire la posizione della giurisprudenza di merito, è necessaria una premessa in ordine alla diversa qualifica che i beneficiari possono rivestire.

Il beneficiario, infatti, può essere considerato *vested* - ovvero titolare di un *vested interest* - nel caso in cui questi possa esercitare i poteri propri della situazione soggettiva attribui-

tagli sin dal momento istitutivo del trust, ovvero in un momento successivo nel corso della durata del trust (ad esempio a seguito del verificarsi di una particolare condizione fissata nel trust), pretendendo il versamento a suo favore del reddito generato dal trust o, se previsto, dei beni ivi conferiti.

La situazione soggettiva di beneficiario può, inoltre, qualificarsi come *contingent*, cioè a dire sottoposta a condizione: di conseguenza, ove l'evento futuro ed incerto accada, vi è l'automatica rimodulazione della posizione beneficiaria nella qualifica di *vested* mentre, in caso contrario, la stessa posizione viene ad estinguersi.^[22]

Si parla, infine, di trust c.d. discrezionale quando il *trustee* conservi il potere di determinare liberamente sia i beneficiari, sia il *quantum* loro spettante sia, infine, il *quomodo* dell'elargizione.

La *ratio* di tale tipologia di trust è rinvenibile nel fatto che il disponente potrebbe trarre maggiore giovamento nell'attuazione del programma stabilito a fronte della libertà - e dell'obbligo - del *trustee* di decidere, quando si renda concretamente necessario, come soddisfare le esigenze proprie del beneficiario.^[23]

Sulla base di tale classificazione la giurisprudenza di merito - in particolare il Trib. Genova, 21 maggio 2014 - ha ritenuto necessario il litisconsorzio solo "ove l'atto istitutivo del trust riconosca loro beneficiari una posizione tale da consentirgli di avanzare pretese immediate sui beni conferiti nel trust medesimo, ovvero sui redditi dai suddetti beni prodotti". Mentre "nell'ipotesi in cui, al contrario, il trust non riconosca ai beneficiari suddetta posizione, essendo i medesimi non "vested" bensì meramente "contingent" ovvero in caso di trust "discrezionale" o "di scopo", il litisconsorzio necessario dovrebbe invece considerarsi limitato, oltre che alla figura del disponente debitore, a quella del trustee".

Anche per il Trib. Savona, 14 marzo 2017, in un giudizio instaurato per la revocatoria del conferimento di beni in trust, "deve primariamente escludersi che sia necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei beneficiari del trust [...] Se è vero che il trust in oggetto è volto ad assicurare ai figli del convenuto una autonomia economica, patrimoniale e finanziaria, è anche vero che il settlor si riserva la facoltà di individuare e nominare i beneficiari finali del trust, come previsto dall'art. 4, con la conseguenza che [...] l'assegnazione dei beni per i beneficiari è meramente eventuale

[22] Cfr., sul punto, M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 125-127, nonché E. BARLA, DE GUGLIELMI, *I beneficiari: le posizioni beneficiarie*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, I, Torino, 2010, 271.

[23] Sul punto E. BARLA, DE GUGLIELMI, *I beneficiari: le posizioni beneficiarie*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, I, Torino, 2010, 273.

e potrà non riguardare i beni conferiti o non intervenire per sopravvenuta consumazione dei beni stessi”.

E, recentemente, conformandosi all'orientamento delineato dalle precedenti pronunce, per Trib. Vicenza, 27 ottobre 2017, n. 2991, i beneficiari finali non sono litisconsorti necessari nel giudizio per la revocatoria del conferimento in trust qualora l'assegnazione del fondo in trust in loro favore sia meramente eventuale ed incerta. È stato infatti argomentato che benché sia *“senz'altro vero che sussiste un interesse giuridicamente rilevante dei beneficiari del trust in relazione all'impugnazione dell'atto istitutivo dello stesso, trattandosi propriamente del riconoscimento dell'interesse degli stessi a resistere all'aggressione del titolo negoziale costituente il fondamento di una propria posizione soggettiva di natura creditoria. Tuttavia, non vi è nel caso di specie, alcuna necessità di integrare il contraddittorio. L'interesse del be-*

neficiario a partecipare al giudizio di impugnazione dell'atto di conferimento in trust deve essere attuale e concreto: in tal senso ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario.”^[24]

In senso parzialmente difforme, invece, il Trib. Reggio Emilia, 26 aprile 2012, ha ritenuto che nell'ambito di una causa per la revocatoria dell'atto di dotazione di un trust è necessaria la chiamata in causa dei beneficiari c.d. *contingent*, in quanto titolari di una aspettativa sui beni in trust. Ciò comporta che questi devono necessariamente essere chiamati in giudizio attraverso l'ordine di integrazione del contraddittorio.^[25]

Quello che emerge dalle pronunce soprariportate è che, nel valutare se sia necessario (o meno) il litisconsorzio processuale, la giurisprudenza si concentra, essenzialmente, su un'analisi del tipo di aspettativa che i beneficiari possono vantare sui beni in trust.

^[24] Cfr. anche Cass. civ. sez. III 25 maggio 2017 n. 13175 e Trib. Reggio Emilia, 10 giugno 2013.

^[25] La pronuncia in questione è commentata da M. LUPOLI, *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario*, in *Trusts e attività finanziarie*, 2013, 12 ss., il quale, pur concordando in via di principio con tale decisione, essendo l'eventuale accoglimento della domanda finalizzato a travolgere i diritti di tutti i potenziali beneficiari dell'atto, rileva come, sotto un profilo pratico, una simile impostazione finisca verosimilmente per complicare ulteriormente l'itinerario processuale.

PROCEDURE DI INSOLVENZA

La prevenzione temporale nel regolamento UE 848/2015: regole ed eccezioni

di Gianni Ghinelli

del 21 marzo 2019

Sommario

1. Introduzione: procedure principali e coordinamento infra-gruppo
2. La prevenzione temporale nella disciplina delle procedure principali
3. La prevenzione temporale nella disciplina delle procedure di coordinamento
4. Conclusione: regole ed eccezioni

1. Introduzione: procedure principali e coordinamento infra-gruppo

Il presente contributo tratta del principio della prevenzione temporale nel reg. UE n. 848/2015, con l'intento di analizzarne la funzione nella disciplina dell'insolvenza transfrontaliera e, in particolare, di mettere a fuoco come questo operi negli specifici ambiti delle procedure d'insolvenza principali e delle procedure di coordinamento infra-gruppo.

In entrambi i settori, il legislatore europeo ha attribuito un ruolo essenziale al fattore del tempo. Tuttavia, se in entrambi è identica la *ratio legis* che giustifica la centralità della prevenzione temporale, diverso è poi il modo in cui il tempo opera; diverso, inoltre, è il regime di derogabilità a questo principio. In via di premessa, va chiarita per sommi capi la funzione del regolamento insolvenza, delle procedure principali d'insolvenza e, infine, delle procedure di coordinamento infra-gruppo.

Il legislatore europeo, con il reg. UE n. 848/2015 è intervenuto sulla delicata materia dell'insolvenza transfrontaliera disciplinando le ipotesi in cui il debitore insolvente, o anche solo in crisi, presenti un collegamento transfrontaliero con un altro Stato membro dell'Unione europea. Tale collegamento può essere costituito dal fatto che la sede legale della società sia situata altrove rispetto al luogo in cui la stessa opera sul mercato, dalla presenza di un rapporto di controllo con una società straniera, dal fatto la sede sia stata trasferita in prossimità dell'inizio di una procedura d'insolvenza, oppure, ancora, dalla presenza di *assets* aziendali in altri Paesi

dell'Unione europea.

Tutti questi casi, sebbene siano molto diversi tra loro, sono accomunati dal ricorrere di tre elementi di incertezza, tre interrogativi: quale sia il giudice competente ad aprire la procedura d'insolvenza principale: quale sia la legge applicabile alla procedura e, infine, quale effetto produca la decisione di apertura negli altri Paesi UE.

Per esemplificare, se una società di diritto italiano opera in Francia accumulando passività con creditori francesi, dove deve essere aperta la relativa procedura d'insolvenza e quale legge sarà applicabile? la legge fallimentare italiana - quindi le procedure da questa previste - oppure quella francese? ed infine la decisione di apertura della procedura di insolvenza (ad es. la sentenza di fallimento) quali effetti produrrà nel resto dell'Unione europea?

Il regolamento pone rimedio proprio a questi interrogativi.

L'art. 3 prevede che la competenza internazionale ad aprire una procedura d'insolvenza principale vada attribuita al giudice nel cui Stato sia collocabile il centro degli interessi principali del debitore (*Centre of Main Interests*, per brevità c.o.m.i.).

La procedura principale, vale la pena accennarlo, comprende tutto il patrimonio del debitore insolvente, ovunque sia collocato, anche all'estero e va distinta dalle procedure secondarie, o territoriali, che possono essere aperte nel diverso Stato membro in cui si trovi una dipendenza, ai sensi dell'art. 3, par. 2, reg. [1].

[1] Per dipendenza s'intende un rapporto di dipendenza, appunto, tra il debitore persona fisica o giuridica ed un centro operativo privo, invece, di personalità giu-

Attraverso questo sistema binario - procedure principale omnicomprensiva e procedura secondaria, ad apertura eventuale e comprendente solo il patrimonio situato nello Stato della dipendenza - il regolamento realizza il principio dell'universalità limitata^[2].

Individuato il giudice competente, è presto risolto anche il dubbio circa la legge applicabile: si applica infatti la legge nazionale del giudice competente in base al criterio del centro degli interessi principali (c.o.m.i.).

Il regolamento offre anche al terzo quesito, relativo agli effetti della decisione di apertura negli altri Stati membri. Ipotizziamo, a mo' di esempio, che il creditore, o gli altri soggetti legittimati in base alla legge applicabile italiana depositino un'istanza ex art. 6 l. fall. cui segua, dopo l'iter procedimentale individuato dalla l. fall. italiana appunto, la sentenza di fallimento. Ebbene, ai sensi dell'art. 19 reg., la decisione di apertura - la sentenza di fallimento, appunto - viene automaticamente riconosciuta in tutti gli Stati membri, senza che sia necessario un provvedimento di *exequatur*.

Non solo: da quel momento, nessun altro giudice potrà più aprire una procedura d'insolvenza nei confronti del medesimo debitore. Ecco, quindi, che già si fa largo il tema del tempo che, attraverso il meccanismo della prevenzione temporale, impedisce l'apertura di nuove procedure d'insolvenza, successive alla prima, nei riguardi del medesimo debitore.

Agli interrogativi appena menzionati se ne aggiunge tuttavia un quarto, riguardante l'insolvenza transfrontaliera dei gruppi di società.

Il tema del gruppo transfrontaliero apre il secondo ambito oggetto della presente analisi, nel quale il meccanismo della prevenzione temporale opera con tempi e modi diversi.

Sul tema, basti premettere che il legislatore europeo ha scelto di evitare la strada del "c.o.m.i. di gruppo", ossia - in sostanza - di un unico giudice competente per tutto il gruppo, giacché questa opzione presupporrebbe l'uniformità delle discipline nazionali dell'insolvenza.

Allo stato, dunque, ogni società continua ad essere titolare di un autonomo centro degli interessi principali^[3]; là dove si colloca il c.o.m.i. di ciascuna società del gruppo, in altre parole, si apre una distinta procedura d'insolvenza individuale.

Tuttavia, da un lato gli amministratori ed i giudici delle procedure riguardanti il gruppo sono tenuti - e trattasi di un vero e proprio obbligo - a comunicare e cooperare tra loro^[4]. Dall'altro, è data loro la facoltà - dunque la libera scelta - di chiedere l'apertura di una procedura di coordinamento infragruppo.

Il coordinamento, disciplinato dagli artt. 61ss., reg UE 848/2015, dà luogo ad una procedura parallela rispetto a tutte le procedure principali già in corso e, attraverso la nomina di un coordinatore dotato di poteri di mero indirizzo, è volta ad assicurare una gestione efficiente dell'insolvenza del gruppo nel tentativo di promuovere il risanamento del medesimo. In particolare, il coordinatore ha l'onere di proporre e dare attuazione al piano di coordinamento. A questa procedura gli amministratori possono decidere liberamente di aderire o non aderire, e ciò in un'ottica di forte incentivazione alla partecipazione al coordinamento solo laddove questo, in base alle valutazioni degli amministratori, possa costituire un'occasione di risanamento.

Anche nel contesto della procedura di coordinamento, come meglio si vedrà, opera il principio di priorità temporale; il tempo in questo contesto ha però una funzione differente; diverso è poi il momento dal quale la prevenzione opera, ed infine del tutto atipico è il regime di derogabilità a cui è sottoposto il principio.

Procedure Obbligazioni e contratti Fallimento e altre procedure concorsuali Diritto

Dichiarazione di fallimento Creditore Competenza Istanza di fallimento Sentenza dichiarativa di fallimento Ammissione allo stato passivo Procedura di insolvenza transfrontaliera Prevenzione temporale

aggiungi un tuo tag

2. La prevenzione temporale nella disciplina delle procedure principali

Come sopra schematizzato, il creditore (o chi, comunque, legittimato,) al momento della proposizione della domanda di apertura di una procedura d'insolvenza, si trova in una situazione per cui, a livello teorico, è tenuto a radicare la domanda in base al criterio del c.o.m.i. La competenza, è predeter-

ridica. In sostanza, è un rapporto di natura meramente economica. Una società interamente controllata non può essere inquadrata come dipendenza, in quanto - sebbene abbia un socio unico e sia, do fatto, priva di autonomia decisionale - la società ha una sua distinta personalità giuridica e, pertanto, un suo autonomo c.o.m.i. Sulla nozione di dipendenza, Cfr. DE CESARI *Il rapporto tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento n. 1346/2000: un aiuto dalla Cassazione, ma molti sono i problemi ancora aperti*, in *Il Fall.*, 2016, 7, p. 838.

[2] Cfr. PASINI, *Tutele e procedure giudiziarie europee* (LUPOLI a cura di), Rimini, 2011, p. 280.

[3] In particolare, così come stabilito dalla Corte di Giustizia europea nella celebre sentenza *Eurofood*, Causa C-341/04, in *eur-lex.europa.eu*

[4] Sugli obblighi di coordinamento, cfr.

minata poiché si radica là dove il debitore esercita la gestione degli interessi in modo abituale e riconoscibile da terzi [5]. Presso quel giudice, l'unico dotato di competenza internazionale ai sensi dell'art. 3 reg., deve dunque essere depositata la domanda di apertura.

In linea generale, dunque, il c.o.m.i. costituisce l'unico criterio per l'attribuzione della competenza in via esclusiva e, in combinato disposto con il principio di prevenzione temporale, è l'unico criterio per prevenire il problema del conflitto positivo di giurisdizione. Se, infatti, il primo giudice a decidere di aprire una procedura principale emette una decisione automaticamente riconosciuta in tutta l'Unione, il conflitto positivo - nel disegno del legislatore europeo - nemmeno si pone. Gli altri giudici, al più, potranno aprire una procedura secondaria, senza poter mettere in discussione la prima decisione di apertura, emessa dal giudice presso il quale si trova il c.o.m.i.

La prevenzione temporale, poi, opera dal momento della decisione di apertura; o meglio, dal momento in cui questa è produttiva di effetti in base alla legge nazionale. Ciò che rileva, in tale senso, è che la prevenzione temporale opera non già al momento della proposizione della domanda (ad es. l'istanza di fallimento), ma quando il giudice apre la procedura principale (nell'esempio, dalla pubblicazione della sentenza di fallimento).

Va considerata, peraltro, la *ratio legis* del meccanismo della prevenzione temporale e dell'automatico riconoscimento delle decisioni di apertura: cosa giustifica l'automatico riconoscimento delle decisioni in tutta l'Unione Europea sulla base del mero "fattore tempo" rappresentato dal criterio di priorità temporale? Una risposta convincente sta nel contesto normativo primario dal quale nasce il regolamento, che è normativa secondaria dell'Unione europea: l'art. 81 TFUE, in base al principio di fiducia e cooperazione tra Stati, prevede il meccanismo dell'automatico delle decisioni in materia civile e commerciale. In definitiva, in un contesto di cooperazione e fiducia la prima decisione emessa da un giudice competente ex art. 3 reg. viene, proprio in quanto precedente a tutte le altre, automaticamente riconosciuta in tutti i Paesi membri.

Questo assetto normativo, in teoria, non pone alcun problema ma se ci si cala nella realtà pratica dell'insolvenza, interviene il fattore tempo - ancora una volta e sotto vesti diver-

se - a scombinare la sistematica appena delineata. Sebbene il regolamento sia volto a prevenire il *forum and law shopping* in materia di insolvenza transfrontaliera mediante il criterio del centro degli interessi principali, di fatto il meccanismo della prevenzione temporale fa sì che le parti diano luogo ad una vera e propria corsa ad adire per primi il giudice dello Stato membro di gradimento. È facile immaginare come il debitore che veda l'imminenza della sua dichiarazione di insolvenza voglia scegliere, se proprio deve accadere, dove essere dichiarato insolvente. Ciò per motivi di convenienza economica, civilistica e penale. Se, infatti, i reati fallimentari richiedono, come condizione obiettiva di punibilità, il fallimento, ecco che conviene al debitore scegliersi l'ordinamento più favorevole.

Anche i creditori possono avere convenienze - più o meno fraudolente [6] - nel voler radicare la competenza internazionale in luoghi diversi da quello del c.o.m.i.: si pensi, in tal senso, ai costi di un'insinuazione al passivo in un fallimento estero; di sicuro rilievo è poi la disciplina dei privilegi, assai variabile da ordinamento ad ordinamento.

Per tutti questi motivi, nella prassi, si assiste spesso ad una corsa al foro ed il giudice - complice le implicazioni pubblicistiche del diritto dell'insolvenza - difficilmente si riterrà incompetente [7]. Per di più, se alla fase iniziale della procedura, volta ad ottenere la decisione di apertura, non c'è contraddittorio, la questione della competenza potrà, al limite, essere oggetto di impugnazione. Nelle more, però, la decisione è già giunta e il meccanismo della prevenzione temporale ha già operato. L'effetto, quindi, è quello dell'automatico riconoscimento della decisione di apertura in tutta l'Unione e l'esclusione della competenza di altri giudici, proprio in base al principio di priorità temporale. Ecco come la priorità temporale, in un effetto collaterale non voluto dal legislatore europeo, spesso si sostituisce al criterio del centro degli interessi principale, divenendo l'unico principio atto - nei fatti - a regolare la competenza internazionale ad aprire una procedura d'insolvenza principale. Il giudice che aprirà la procedura successivamente non potrà che qualificarla, al limite, come procedura secondaria, con tutte le limitazioni che questo comporta.

In definitiva, emerge come il meccanismo della prevenzione temporale sia legittimato dai principi di cooperazione e fiducia tra ordinamenti, già affermati dall'art. 81 TFUE.

[5] V. art. 3, par. 1, ultimo periodo, reg. UE 848/2015.

[6] Sul tema del *forum shopping* come fenomeno fisiologico del diritto internazionale privato dell'Unione europea, cfr. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, Milano, 2002, p. 25 ss.

[7] L'art. 4 reg. tenta di rimediare prevedendo che il giudice verifichi d'ufficio la propria competenza ex art. 3 e motivi sul punto.

In secondo luogo, nell'ambito delle procedure d'insolvenza riguardanti il creditore che non è parte di un gruppo, la prevenzione temporale opera insieme al criterio del centro degli interessi principali (art. 3 reg.) come meccanismo di prevenzione dei conflitti positivi di competenza.

Non va però dimenticato come, per l'attribuzione della competenza internazionale, nella prassi accada spesso che la prevenzione temporale prenda il sopravvento sul criterio del c.o.m.i., divenendo *de facto* l'unico criterio di attribuzione della competenza internazionale.^[8]

3. La prevenzione temporale nella disciplina delle procedure di coordinamento

Il coordinamento costituisce una novità assoluta nel campo dell'insolvenza transfrontaliera del gruppo. Non si tratta, di per sé, di una procedura d'insolvenza, ma di un meccanismo volto alla gestione coordinata dell'insolvenza del gruppo. In ogni Paese membro in cui vi è il c.o.m.i. di una società insolvente del gruppo, verrà aperta una procedura concorsuale ai sensi dell'art. 3 reg.; a qualsiasi giudice di fronte al quale pende una procedura, potrà essere proposta la domanda di apertura della procedura di coordinamento.

La domanda viene proposta da un qualsiasi amministratore e deve contenere la proposta di nomina di un coordinatore, le linee generali del coordinamento, l'elenco degli amministratori ed i costi stimati (art. 61 reg.). Dopo un controllo sul rispetto dei requisiti di cui all'art. 63, par. 1, lett. a) - c), la domanda viene notificata agli amministratori di tutte le altre procedure, i quali hanno trenta giorni per contestare l'inclusione della propria procedura d'insolvenza nel coordinamento. Trascorso questo periodo, se ricorrono i requisiti posti dall'art. 63, il giudice richiesto può - e anche qui trattasi di mera facoltà - aprire il coordinamento (art. 68 reg.).

Questo è, in estrema sintesi, l'iter della procedura di coordinamento, il cui scopo è quello di favorire il risanamento più ampio possibile del gruppo, attraverso l'attuazione del piano di coordinamento di cui all'art. 72 reg. da parte del coordinatore.

Il tempo, anche nello svolgersi del coordinamento, gioca un

ruolo essenziale ed opera, come già si diceva, in modo del tutto diverso rispetto a quanto accade ai sensi degli artt. 3 e 19 reg.

Diverso, anzitutto, è il momento dal quale opera il meccanismo della priorità temporale. Se per l'apertura delle procedure principali è la prima decisione d'apertura ad essere automaticamente riconosciuta, qui è la mera domanda che, proposta per prima, impedisce successive domande di apertura del coordinamento (art. 61 reg.). Questa diversità di disciplina, peraltro, costituisce sì una deroga nel regolamento insolvenza, ma è in continuità con la disciplina regolamentare dell'Unione Europea in materia civile e commerciale: il reg. UE 1215/2012, infatti, prevede che la prevenzione temporale ai fini della competenza internazionale scatti dal momento della proposizione della domanda ^[9].

In secondo luogo, il tempo nel campo della disciplina del coordinamento acquisisce un ruolo ulteriore. Gli artt. 61 e ss. reg. non prevedono un criterio esplicito di determinazione della competenza, assimilabile a quello che il c.o.m.i. è per le procedure principali, ossia per le procedure riguardanti i singoli debitori. L'art. 61, par. 1, reg. prevede anzi che qualsiasi giudice possa ricevere la domanda di apertura della procedura di coordinamento ^[10]. Per incardinare la competenza internazionale, quindi, non c'è un criterio: ogni giudice di fronte a cui pende una procedura d'insolvenza riguardante il gruppo è competente a decidere sulla domanda. Ne consegue che, in forza della lettera dell'art. 61, par. 1., è la sola priorità temporale - ossia l'antiorità di una domanda rispetto alle altre - che, di diritto e non solo di fatto, assurge a criterio di determinazione della competenza.

Chi per primo deposita la domanda ottiene due effetti: anzitutto è la sola domanda dar luogo al meccanismo della prevenzione temporale, per cui è esclusa la possibilità di proporre altre domande ex art. 61 di fronte a giudici diversi; in secondo luogo, come si è appena detto, la prevenzione temporale - quindi il tempo della domanda - diventa anche l'unico criterio per la determinazione della competenza.

È chiaro come il tempo costituisca davvero il cardine della disciplina del coordinamento infragruppo, stante l'inesisten-

[8] DE CESARI-MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa - Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza*, Torino, 2017, p. 59 ss.

[9] Sul tema della prevenzione temporale secca nel reg. CE 44/2001 e nel reg. UE 1215/2012, cfr. LUPOLI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, Pisa, 2018, p. 45 ss.

[10] Parte della dottrina, valorizzando il dettato del secondo paragrafo che parla di domanda proposta secondo la legge nazionale applicabile alla procedura, dubita della proponibilità della domanda a qualsiasi giudice. Nella pratica, si argomenta, la scelta tra vari giudici tutti potenzialmente competenti, è implicitamente ristretta dal diritto concorsuale nazionale. In definitiva, si dice, ciascun amministratore potrebbe proporre la domanda di apertura solo di fronte al giudice di fronte al quale pende la procedura - principale o secondaria - d'insolvenza. Sul tema, cfr. DE CESARI-MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa - Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza*, cit., p. 183 ss.

za di un altro criterio per predeterminare la competenza internazionale sulla domanda ex art. 61 reg. [11]

Stupisce, pertanto, quanto previsto dagli artt. 62 e 66 reg., laddove si introduce una deroga del tutto peculiare al principio della prevenzione temporale.

Dopo il deposito della domanda di apertura del coordinamento e prima della decisione di apertura, quando in ogni caso è già stata radicata la competenza internazionale in forza del principio di prevenzione temporale, con decisione presa a maggioranza dei due terzi, gli amministratori delle procedure del gruppo possono scegliere di trasferire altrove la competenza internazionale.

Gli amministratori, con accordo scritto o provato per iscritto concluso a maggioranza qualificata, possono spostare la competenza di fronte al giudice che ritengono essere il più appropriato a decidere sull'apertura e sulla nomina del coordinatore. Il giudice di fronte al quale era stata depositata la prima domanda, al quale già dunque era stata attribuita competenza internazionale, viene espropriato della competenza attribuitagli in forza del principio di prevenzione temporale di cui all'62 reg.

Si registra, in definitiva, una prevalenza dei poteri dispositivi di natura privatistica degli amministratori sul principio - altrimenti imperativo e inderogabile - della prevenzione temporale.

La *ratio* di questa deroga pare potersi ricondurre all'impianto fondamentale della procedura di coordinamento ossia una soluzione di compromesso alle questioni poste dall'insolvenza transfrontaliera del gruppo, prima di tutte la coesistenza di procedure liquidatorie e di risanamento nei confronti delle società parti di un medesimo gruppo. Il legislatore prevede questo strumento come meramente facoltativo, in tutte le sue fasi. Se, quindi, l'apertura del coor-

dinamento e l'adesione ad esso sono meramente facoltative [12]; se i poteri del coordinatore nell'attuazione del piano di coordinamento non son vincolanti, allora tutto diventa negoziabile dagli amministratori, anche le i principi normativi in materia di competenza internazionale. Nell'ambito dell'insolvenza transfrontaliera, la priorità temporale, quindi, cede il passo alle esigenze di privatizzazione del diritto concorsuale.

4. Conclusione: regole ed eccezioni

In primo luogo, nelle procedure principali individuali ex artt. 3 e 19 reg. la priorità temporale opera dalla decisione di apertura; nel coordinamento, invece, opera ex 62 dalla proposizione della domanda. Si tratta di un'eccezione nel regolamento in parola, ma, considerando quanto previsto dal reg. UE 1215/2012, costituisce la regola nella disciplina europea di diritto internazionale privato.

In secondo luogo, nella prassi applicativa degli artt. 3 e 19 reg., la priorità temporale può diventare criterio "abusivo" per l'attribuzione della competenza; nel coordinamento, invece, ex 61 reg. è pacificamente il tempo della domanda, e non un altro criterio, a determinare la competenza internazionale sulla domanda di apertura del coordinamento.

Infine, nell'ambito delle procedure principali, la disciplina della prevenzione temporale è norma imperativa, pertanto non derogabile; ai sensi degli artt. 62 e 66 reg. la disciplina della priorità temporale è norma meramente dispositiva, derogabile con un atto di volontà degli amministratori.

All'esito di questa panoramica sui modi in cui il tempo diversamente si atteggia nell'ambito delle procedure principali ed in quello del coordinamento, si può concludere nel senso che il medesimo elemento assuma ruoli invertiti: ciò che in un caso è regola, diventa eccezione nell'altro e viceversa.

[11] Questo, certamente, se non si considerano le valutazioni della dottrina sopra richiamata.

[12] Si pensi al fatto che gli amministratori possono decidere di non voler aderire al coordinamento; possono altresì prima tirarsi fuori, per poi aderire successivamente all'apertura della procedura ex 69 reg.

RESPONSABILITÀ AGGRAVATA

La concezione polifunzionale della responsabilità civile e l'art. 96 comma 3 c.p.c.

di Ezio Maria Barbieri

del 25 marzo 2019

Sommario

1. Premessa
2. L'art. 96 c. 3 c.p.c. nella interpretazione delle Sezioni unite
3. L'art. 96 c. 3 c.p.c. nell'interpretazione della Corte costituzionale
4. Esame della giurisprudenza
5. Dubbi permanenti di legittimità costituzionale

1. Premessa

A norma dell'art. 91 c. p. c. il giudice è tenuto a condannare la parte soccombente al rimborso delle spese e degli onorari di difesa che l'altra parte ha dovuto sostenere per effetto della sua ingiustificata chiamata in giudizio ovvero della sua resistenza nel processo. Obiettivo di questa norma è soltanto quello di ristabilire un corretto riequilibrio del rapporto fra le parti, che non devono (o almeno non dovrebbero) subire un pregiudizio per il fatto di essere state costrette a convenire o per essere state convenute in giudizio quando il giudice abbia poi concluso riconoscendo il loro buon diritto.

Quando risulti, però, che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave il giudice, su istanza dell'altra parte, la può condannare, ai sensi dell'art. 96 c. 1 c.p.c., oltre che al pagamento delle spese del giudizio, anche al risarcimento dei danni che egli liquida, occorrendo anche d'ufficio, nella sentenza.

Infine, a norma dell'art. 96 c. 2 c.p.c., il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta

ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata può condannare al risarcimento dei danni anche l'attore o il creditore procedente, che abbia agito senza la normale prudenza.

La crisi del processo, senza differenze sostanziali fra quello civile, quello penale e quello amministrativo, nell'ordinamento giuridico italiano, da tempo collocata fra le concause della crisi economica nazionale, ha indotto il legislatore ad una molteplicità di interventi nell'intento, finora vano, di porvi rimedio^[1].

Uno di questi interventi risale alla legge 18 giugno 2009, n. 69, il cui art. 45 c. 12 ha introdotto quello che ora costituisce il terzo comma dell'art. 96 del c.p.c. in forza del quale *"in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata"*.

Si è prevista in questo modo a carico di chi agisce o resiste in giudizio una sanzione che si affianca alla responsabilità aggravata già prevista e regolamentata nelle due diffe-

[1] A questo proposito un caso emblematico di interventi legislativi numerosi e non sempre meditati è quello costituito dai ripetuti rimaneggiamenti del processo amministrativo in materia di appalti, ispirati in pari misura - a mio avviso - dall'esigenza per le amministrazioni pubbliche di accelerare l'esecuzione delle opere pubbliche e, per quanto possibile, dal sottaciuto ma trasparente desiderio di ostacolare gli interventi giudiziari in materia. Si veda in proposito il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, un codice degli appalti di 257 articoli (allegati a parte), cui sono state apportate nel tempo infinite modifiche, quali d. l. n. 34/2011 convertito in legge n. 75/2011, il d. lgs. n. 195/2011, il d. l. n. 21 convertito in legge n. 156/2012, il d. lgs. n. 160/2012, la legge n. 234/2012, il d. lgs. n. 33/2013, il d. l. n. 90/2014 convertito con modifiche in legge n. 114/2014, il d. l. n. 83/2015 convertito in legge n. 132/2015 e la legge n. 208/2015. Il tutto è poi culminato nel d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), composto da ben 220 articoli, tanto frettolosamente pubblicato da avere avuto bisogno di una serie impressionante di correzioni già nel luglio del 2016, delle quali è stata data comunicazione sulla Gazzetta ufficiale 15 luglio 2016, n. 164.

renti situazioni di cui al primo ed al secondocomma dell'art. 96 c. p. c.

L'interpretazione da dare a questa norma e che sembra destinata ad un pacifico consolidamento può essere correttamente dedotta dall'ordinanza della Cass. civ. SS. UU. 7 febbraio - 5 luglio 2017, n. 16601, la quale in verità riguarda più specificatamente l'istituto dei "risarcimenti punitivi" esaminato in funzione della delibazione di alcune sentenze straniere. A questa decisione ha però già fatto seguito l'ordinanza Cass. civ. sez. III, 12 giugno 2018, n. 15209, che alle sezioni unite succitate si è espressamente riferita riprendendone motivazione e conclusioni al fine di dare applicazione al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. Proprio quest'ultima decisione, dalla quale sembra doveroso dissentire, ha indotto alle riflessioni che seguono, prima che si consolidi un diritto vivente che desterebbe qualche preoccupazione.

2. L'art. 96 c. 3 c.p.c. nella interpretazione delle Sezioni unite

Chiamata a decidere se potesse essere riconosciuta efficacia ed esecutività nell'ordinamento nazionale a tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti d'America che si riteneva veicolassero una liquidazione di danni punitivi la Corte suprema, pur respingendo i ricorsi e negando quindi il riconoscimento alle sentenze straniere suddette a causa delle modalità seguite dai giudici stranieri al fine di giungere ad una condanna per *"punitive damages"*, ha ritenuto di poter superare in via di principio la pretesa estraneità al risarcimento del danno dell'idea di punizione e di sanzione sulla quale la giurisprudenza della Cassazione era attestata nel 2007 ed ha condiviso il dinamico percorso di evoluzione della nozione di responsabilità civile affermatosi nella dottrina maggioritaria al fine di riallacciarsi e confermare il più recente orientamento della stessa Corte suprema ai sensi del quale la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non sarebbe più incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento in quanto *"negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento"*. Di conseguenza si è ritenuto che *"accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-sanzionatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva"*.

A queste considerazioni ha fatto seguito un corposo panorama normativo a sostegno della tesi accolta, concluso con il richiamo della sentenza n. 152/2016 della Corte costituzionale che, investita di questione relativa proprio all'art. 96 c.3

c.p.c., ha sancito la natura *"non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative"* di questa disposizione e dell'abrogato art. 385 c.p.c. La Corte suprema ha precisato, infine, che questo non comporta che ai giudici sia consentito imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati in quanto *"ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni personali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario"*. Quanto poi al riconoscimento di sentenze che condannino a risarcire *"punitive damages"* la Corte precisa che occorre che *"il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità"*, che significano *"precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)"*.

3. L'art. 96 c. 3 c.p.c. nell'interpretazione della Corte costituzionale

Con sentenza in data 23 giugno 2016, n. 152 la Corte costituzionale, concordando con la prospettazione dei giudici rimettenti e rifacendosi all'esegesi che della norma in questione già aveva fatto la Corte regolatrice, ha ritenuto che il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. sia una disposizione avente natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative. Una interpretazione che, per l'incertezza dell'atteggiamento definitorio che si è ritenuto di utilizzare, conferma chiaramente quanto l'art. 96 c. 3 c.p.c. non risultasse di agevole lettura. D'altra parte è la stessa Corte che fa una ammissione di questo genere prima ancora di accingersi all'interpretazione della norma. L'intento sanzionatorio della disposizione in questione troverebbe conferma, sotto un profilo lessicale, nel riferimento della condanna al *"pagamento di una somma"* anziché al *"risarcimento dei danni"* e, sotto altro profilo, nella adottabilità della stessa anche d'ufficio, conformemente alla sua finalizzazione alla tutela di un interesse che trascende (o non è comunque esclusivamente) quello della parte vittoriosa e che si colora di connotati innegabilmente pubblicistici. La Corte ritiene, inoltre, che la pronuncia della condanna direttamente a favore della controparte garantisca anche una maggiore effettività e più incisiva efficacia deterrente, idonee a potenziarne i voluti effetti.

La concorrente finalità indennitaria nei confronti della parte vittoriosa, pregiudicata anch'essa da una temeraria o comunque ingiustificata chiamata in giudizio, troverebbe conferma, invece, nel fatto che la norma si aggiunge al risarci-

mento di cui di cui ai primi due commi dell'art. 96 c.p.c., contribuendo a superare anche le non infrequenti difficoltà di prova dell'an e del quantum del danno subito per effetto di richieste o di resistenze ingiustificate.

Sulla base di queste considerazioni la Corte costituzionale ha concluso affermando che in presenza di entrambe le funzioni suddette deve escludersi la irragionevolezza della soluzione legislativa nella parte in cui il legislatore ha previsto la condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata direttamente a favore della controparte vittoriosa, non bastando questo ad evidenziarne una manifesta irragionevolezza o arbitrarietà.

4. Esame della giurisprudenza

La giurisprudenza sopra indicata illustra esaurientemente gli argomenti sui quali essa ha ritenuto di basare le proprie conclusioni. La Corte costituzionale, però, ha giudicato opportuno premettere alla motivazione prescelta che *“la nuova disposizione”*, ovvero sia l'art. 96 c.p.c., *“probabilmente anche a seguito delle modifiche apportate nell'iter legislativo, non è risultata di agevole lettura”* ed ha successivamente precisato che essa non è irragionevole, specificando però, opportunamente e significativamente, che essa comunque non presenta *“quel livello di manifesta irragionevolezza od arbitrarietà che unicamente consente il sindacato di legittimità costituzionale in ordine all'esercizio della discrezionalità legislativa in tema di disciplina di istituti processuali”*. Questa premessa giustifica - credo - che si sottoponga di nuovo ad esame l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c., sembrando logico dubitare che siano veramente esaurienti e quindi definitive le conclusioni di non fondatezza dei dubbi di illegittimità costituzionale di questa norma cui la Corte è pervenuta[2].

A questo scopo merita di essere ripercorso l'ampio panorama normativo che le sezioni unite hanno puntualmente composto, dal quale hanno ritenuto di dedurre che l'istituto aquiliano non ha mutato la sua essenza per effetto della sua possibile curvatura deterrente/sanzionatoria e quindi non consente ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati, i quali

continuano ad esigere una intermediazione legislativa in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., che *“pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario”*. Conclusioni condivisibili, delle quali, però, non sembra che la Cassazione nella sua successiva giurisprudenza sopra citata, pur ritenendo di adeguarsi al principio di diritto fissato dalle sezioni unite, abbia tenuto adeguatamente conto quando ha ritenuto di dover fare applicazione dell'art. 96 c. 3 c.p.c.

Quale che sia il valore del suddetto panorama normativo ai fini della applicazione della norma in questione[3], merita sottolineare come molte delle disposizioni che lo costituiscono e che anche le sezioni unite hanno ritenuto idonee a riconoscere la possibilità di accettare un connotato *lato sensu* sanzionatorio da affiancare ad una previsione di risarcimento siano caratterizzate dalla indicazione di una misura della sanzione che va da un minimo ad un massimo entro la quale il giudice deve stabilire la somma da pagare per l'inadempimento commesso ovvero comportino prestazioni sanzionatorie già predeterminabili al momento dell'inadempimento. Questo vale per l'art. 31 c. 2 della legge 27 luglio 1978, n. 392 (rapporti di locazione), per l'art. 140 c. 7 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), per l'art. 4 della legge 20 novembre 2006, n. 281 (pubblicazione di intercettazioni illegali), per l'art. 4 c. 1 e 4 del d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (offese all'onore ed al decoro delle persone), per l'art. 28 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (rapporti di lavoro), per l'art. 70 delle disposizioni di attuazione del codice civile, per l'art. 3 della legge 18 giugno 1998, n. 192 (disciplina delle subforniture), per gli artt. 2 e 5 del d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 (ritardato nel pagamento nelle transazioni commerciali) ed infine per l'art. 18 c. 14 dello statuto dei lavoratori.

In altri fra i casi indicati nella decisione delle sezioni unite il legislatore si è limitato a prevedere una condanna al risarcimento dei danni, subordinata di conseguenza, data la genericità della formula usata, alla prova del danno (art. 709 ter del c.p.c. in tema di responsabilità genitoriale). Esula invece da ipotesi in qualche modo ricollegabili alla questione in esame la previsione al n. 4 della norma ultima citata di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende, che costituisce una mera sanzione che deve essere conte-

[2] La decisione è condivisa, invece, senza riserve da R. Brenda, L'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. esce indenne dal Palazzo della Consulta, in www.Judicium.it 2016, secondo la quale *“con la scelta operata dalla Consulta, l'art. 96, comma 3 c.p.c. emerge dai flutti delle perplessità che lo avevano accolto”*, per cui *“se ne può immaginare un'applicazione meno incerta ed un futuro di più frequente applicazione”*. Un'applicazione che invece ritengo proprio non auspicabile.

[3] È chiaro, infatti, che non tutte le situazioni fattuali che eventualmente si ritenga di includere nella categoria dei risarcimenti punitivi necessitano di una regolamentazione sempre uguale in ogni specifico aspetto, ferma restando solo l'esigenza del rispetto di insuperabili principi fondamentali, specie se di rilevanza costituzionale.

nuta comunque fra un minimo ed un massimo.

In altri casi ancora (art. 124 c. 2 del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 in tema di brevetto e marchio) il legislatore ha disposto che l'inibitoria può fissare la somma dovuta per ogni violazione ed inosservanza "successivamente constatata" e per ogni "ritardo" nell'esecuzione del provvedimento. La stessa formula ricorre nell'art. 614 bis del c.p.c. (esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare) e nell'art. 114 del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (giudizi di ottemperanza nei confronti della pubblica amministrazione). Si noti come in questi casi non vengano posti limiti alla determinazione della sanzione da parte del giudice, ma che comunque la sanzione viene determinata dal giudice prima della commissione dell'illecito, per cui l'inadempiente conosce preventivamente la sanzione alla quale potrà andare incontro con la sua condotta illegittima.

Altre norme fra quelle citate nella decisione in esame soltanto in due occasioni non stabiliscono la misura della condanna entro limiti precisi.

Una riguarda le facoltà della CONSOB nel procedimento penale che consente a quest'ultima di richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato una somma che il giudice può stabilire anche in via equitativa tenuto conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, dove i punti di riferimento ai fini della quantificazione della sanzione costringono quantomeno il giudice ad una motivazione serrata. Un secondo caso, sostanzialmente identico al precedente, riguarda la riparazione pecuniaria in caso di diffamazione con il mezzo della stampa, anch'essa ancorata alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato. Entrambi i casi costituiscono, però, a mio giudizio, una normale liquidazione del danno, che il legislatore impone di effettuare in forma equitativa, in presenza della commissione di reati. Si tratta, dunque, di ipotesi non pertinenti a *punitive damages*.

Le stesse considerazioni valgono per l'art. 28 c. 5 del d. lgs. 1 settembre 2011, n. 150 in tema di comportamenti, condotte o atti discriminatori sul luogo di lavoro, esclusa solo la natura delittuosa della condotta illegittima.

Il richiamo ad un panorama normativo di questo genere non sembra comunque adeguato a ricostruire principi generali dell'ordinamento che valgano a sottrarre l'art. 96 c. 3 c.p.c. ad ogni perplessità; semmai sembra che tutte le norme

evocate alimentino i dubbi su quest'ultima disposizione, in quanto confermano che ogni qualvolta è emersa da qualche norma una funzione punitiva ad essa si è affiancata una regolamentazione in termini di specificità del fatto proibito e di misura della sanzione che invece è del tutto assente nell'art. 96 c. 3 c.p.c. La presenza nell'ordinamento di altre norme dotate di una funzione punitiva unita ad altra funzione risarcitoria non è di per sé sufficiente a giustificare la strutturazione data al terzo comma dell'art. 96 ed anzi conferma che quest'ultima è priva di tutto ciò che caratterizza invece le altre norme funzionalmente analoghe sopra ricordate. Anche ammessa la concezione polifunzionale della responsabilità civile come caratteristica acquisita al nostro ordinamento, rimane autonomo per l'art. 96 il problema della sua coerenza con i principi costituzionali richiamati dalle sezioni unite, problema che presenta anche aspetti diversi da quelli che la Corte costituzionale ha potuto affrontare¹⁴.

5. Dubbi permanenti di legittimità costituzionale

Il principio di diritto stabilito dalle sezioni unite nella ordinanza già citata è di una lineare correttezza e sembra opportuno ricordarlo come premessa alle considerazioni che seguiranno.

"Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile.

Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di deliberazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico"[4].

L'ammissibilità nell'ordinamento nazionale di risarcimenti sanzionatori, secondo le sezioni unite, deve ritenersi condizionata, dunque, ad una puntuale verifica che accerti l'esistenza di basi normative sulle quali si fondino la tipizzazione della condotta vietata, la relativa sanzione ed i limiti quantitativi della sanzione applicabile. Non essendo state in grado

[4] Va ricordato, infatti, che il tribunale di Firenze nel rimettere la questione dell'art. 96 c. 3 c.p.c. alla Corte costituzionale aveva posto in discussione solo la legittimità di uno strumento sanzionatorio che non individuava come beneficiario della sanzione lo Stato, bensì un soggetto privato quale la controparte processuale. E la Corte solo questa questione aveva potuto affrontare e dichiarare non fondata.

di accertare l'avvenuto rispetto da parte dei giudici stranieri di queste condizioni richieste per la delibazione delle loro sentenze, le sezioni unite hanno respinto la domanda che era stata loro rivolta, ritenendo le sentenze stesse astrattamente compatibili con l'ordine pubblico quanto alla loro natura di condanne per *punitive damages*, ma in concreto contrastanti con il medesimo per l'assenza delle condizioni richieste per una legittima condanna.

In sostanza la decisione sembra muoversi sulla seguente linea. Quando il processo ha come obiettivo la liquidazione di un danno contrattuale o aquiliano di cui la parte abbia chiesto di essere risarcita, dopo che la parte cui la legge addossa l'onere della prova abbia dimostrato l'illegittimità o l'illiceità della condotta dannosa nonché l'entità del danno medesimo, sulla base di questi presupposti, che necessitano di prova ma non di preventiva tipizzazione della condotta lesiva, il giudice può pervenire ad una pronuncia di condanna, liquidando il danno - se del caso - anche in via equitativa facendo uso della sua libera valutazione dei fatti sottoposti al suo esame.

Invece, quando al termine del processo si tratti di infliggere ad una delle parti una sanzione di carattere punitivo si impone, per usare ancora una volta le parole delle sezioni unite, una "*precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)*". La sanzione prevista in questo caso non è commisurata al danno prodotto né finalizzata ad eliminarne gli effetti; essa è astrattamente quantificata e svincolata da un danno effettivo, essendo la conseguenza di una condotta che l'ordinamento vieta in assoluto. Donde la necessità che essa sia previamente conosciuta *quoad factum* e *quoad poenam*.

Da queste considerazioni si può trarre la conclusione, credo, che al di là delle parole aperte a qualche dubbio con le quali sia la Corte costituzionale che le sezioni unite hanno ritenuto la configurabilità anche nel nostro ordinamento dei c. d. risarcimenti punitivi, che sommano in sé risarcimento e sanzione, ed a parte l'ampia discrezionalità legislativa che va comunque riconosciuta al legislatore in materia, la fusione di una finalità risarcitoria con una punitiva, come quella che si vorrebbe ritenere ricorrente nel caso dell'art. 96 c. 3, potrà essere regolamentata nel senso di individuare il beneficiario della sanzione in un soggetto diverso dal titolare dell'interes-

se pubblicistico leso, potrà comportare una condanna d'ufficio ed esonerare dall'onere della prova dell'esistenza del danno e del suo ammontare, ma sembra difficile che si possa mai ritenere costituzionalmente corretto che si prescinda anche dalla tipicità della condotta proibita e dalla previsione quantitativa della sanzione, perché diversamente in tale modo si consentirebbe al giudice di configurare la fattispecie proibita e di punirla come meglio crede a carico di un ignaro contravventore.

È mia convinzione, però, che quantomeno nel caso dell'art. 96 c. 3, in presenza della funzione pubblicistica della norma che vuole essere protettiva dei processi, si potrebbe dire che la sola devoluzione della sanzione ad un soggetto privato, che già è legittimato da altre norme a chiedere un ampio risarcimento dei danni eventuali che può avere subito, non è sufficiente a configurare un istituto riconducibile alla categoria dei risarcimenti sanzionatori in quanto non solo la prova, ma la stessa esistenza di un danno privato oltre alla presentazione di apposita domanda non sono richieste ai fini della condanna. Il che toglie ogni rilievo causale al danno e comporta una preferibile classificazione della norma fra quelle meramente sanzionatorie.

La chiarezza e la condivisibilità della decisione delle sezioni unite non avrebbe forse richiesto di dilungarsi su di essa se la terza sezione della Cassazione civile con l'ordinanza n. 15209/2018 non avesse ritenuto di utilizzarla al fine di confortare la scelta di fare applicazione senza perplessità dell'art. 96 c. 3 c.p.c. In questo modo si è data, però, una opinabile lettura alla decisione delle sezioni unite e, inquadrata la norma fra i risarcimenti punitivi, si è ritenuto corretto applicarla anche in assenza delle condizioni che le sezioni unite avevano, invece, dichiarato necessarie.

La Corte, infatti, dopo avere ricordato il principio di diritto sopra esposto, ha precisato che nella motivazione delle sezioni unite "*l'art. 96 c.p.c., u.c. è stato inserito nell'elenco delle fattispecie rinvenibili, nel nostro sistema, con funzione di deterrenza*" e dalla sua ontologica compatibilità con l'ordinamento nazionale ha derivato la sua applicabilità in casi che costituiscano abuso del diritto all'impugnazione^[5], come per esempio, a suo dire, quando vengano proposti ricorsi per cassazione basati su motivi manifestamente incoerenti con il contenuto della sentenza impugnata o completamente privi di autosufficienza oppure contenenti una mera com-

[5] Seppure riferita a norme penali, merita di essere ricordata anche la seguente affermazione che traggo dalla sentenza della Corte costituzionale in data 10 aprile 2018, n. 115: "*l'ausilio interpretativo del giudice penale*" - ma questo vale anche per il giudice civile, credo - "*non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo. Ciò è come dire che una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso*".

plessiva richiesta di rivalutazione nel merito della controversia.

In questo modo sembra che si sia frainteso il precedente giurisprudenziale invocato e che si sia data applicazione ad una norma come quella dell'art. 96 c. 3 c.p.c. che per molte ragioni può ritenersi di dubbia legittimità costituzionale.

Ho già detto che sembra seriamente opinabile che fra i risarcimenti punitivi possa ricomprendersi anche l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. Lo lascia intendere in proposito la qualificazione che ne ha dato la Corte costituzionale, che rifacendosi all'esegesi della Corte regolatrice le attribuisce "*natura non risarcitoria e, più propriamente sanzionatoria*".

Il legislatore, d'altra parte, non ha precisato per quale motivo sia stata prevista la condanna al pagamento di una somma a favore della parte cui siano state addossate le spese del giudizio ai sensi dell'art. 91, ma è pacifico che, se l'abrogato art. 385 c.p.c. intendeva disincentivare il solo ricorso per cassazione, l'art. 96 c. 3 estende questo intento disincentivante a tutti i processi civili in genere. Sembra corretto, dunque, ritenere che si sia voluto tutelare in via generale e sistematica un interesse che trascende quello di parte e che si colora di connotati innegabilmente pubblicistici. Anche questo, a mio avviso, accentua fino a renderlo esclusivo il carattere sanzionatorio della norma in esame, tanto più che la parte privata non solo soffre dei ritardi giudiziari in maniera del tutto occasionale ed eventuale, ma addirittura può già autonomamente tutelare il proprio personale interesse eventualmente leso da un processo e da un ritardo pretestuosi chiedendo, ai sensi dell'art. 91, il rimborso delle spese di causa e, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 96, la condanna ad un integrale risarcimento dei danni alla controparte soccombente che abbia agito o resistito in mala fede o con colpa grave. Alla luce della pienezza di questa tutela, la sanzione prevista dal terzo comma dell'art. 96, svincolata da ogni presupposto di colpa, da ogni domanda di parte, da ogni prova di danno e rimessa alla esclusiva iniziativa del giudice evidenzia in forma inequivoca il suo carattere sanzionatorio e punitivo, mentre la sua finalità che si vorrebbe concorrente con quella risarci-

toria si riduce alla devoluzione della somma a favore della controparte, benché significativamente non titolare di alcuna vera pretesa in proposito. Proprio questo, però, rapportato agli artt. 23, 24 e 25 della Costituzione, rafforza il convincimento (o quantomeno il dubbio) che la legittimità costituzionale dell'art. 96 c. 3 richiederebbe una anche succinta individuazione della fattispecie sanzionata, cioè quella tipizzazione di cui parlano le sezioni unite, nonché la individuazione di limiti precisi entro i quali il giudice può procedere alla quantificazione della pena. Riesce difficile infatti conciliare con i principi di riserva di legge, di tipicità dei fatti sanzionabili e di prevedibilità dei comportamenti vietati e delle pene in cui si potrebbe incorrere una norma che obbiettivamente consacra, per usare le parole delle sezioni unite, "*un incontrollato soggettivismo giudiziario*". L'articolo in questione, in effetti, lascia al giudice piena libertà di individuare *ex post*, per esempio, i motivi di ricorso o le eccezioni di difesa che, magari per il solo fatto di contrastare con orientamenti giurisprudenziali più o meno consolidati, egli può ritenere comportino violazione di regole fumose prive di vincolante base legale.

Pertanto sembra di poter dire che la norma in questione finisce in concreto con il consentire inammissibilmente un generico condizionamento in sede giudiziaria, senza limiti né di forma né di sostanza, del diritto di azione e del diritto di difesa costituzionalmente garantiti.

Di questi aspetti della questione le sezioni unite si sono rese perfettamente conto nella loro ordinanza, ma ai fini della decisione che esse erano chiamate ad assumere era sufficiente che negassero il riconoscimento dell'esecutività delle sentenze straniere sottoposte alla loro valutazione, in quanto deliberate in assenza dei presupposti necessari perché potessero essere ritenute compatibili con l'ordine pubblico interno. La necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale si poneva, invece, nel caso della succitata ordinanza della terza sezione della Cassazione civile n. 15209/2018 in quanto in quella sede si era ritenuto che sussistesse l'opportunità di fare applicazione dell'art. 96 c. 3 c.p.c.^[6]

[6] In tema di abuso del diritto mi limito a segnalare, fra gli scritti recenti di maggiore interesse, Villata, Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado, in Dir. proc. amm. 2017, 1093.

REVOCATORIA E INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

Competenza esclusiva e azione revocatoria in materia di insolvenza transfrontaliera

Nota a Corte di Giustizia UE 14 novembre 2018,
Wiemer e Trachte GmbH in liquidazione c. Zhan Oved Tadzher,
Causa C-296/17

di Lucilla Galanti

del 26 marzo 2019

Sommario

1. I fatti di causa
2. La conclusione della Corte
3. Coordinamento con le ulteriori disposizioni del Regolamento
4. La regola di competenza per l'azione revocatoria nella nuova disciplina europea

1. I fatti di causa

Corte di Giustizia UE 14 novembre 2018, Wiemer e Trachte GmbH in liquidazione c. Zhan Oved Tadzher, Causa C-296/17

Con la sentenza annotata^[1], la Corte di Giustizia dell'Unione Europea interviene sulla regola di competenza giurisdizionale applicabile all'azione revocatoria proposta nell'ambito di una procedura di insolvenza transfrontaliera.

Questi, riassuntivamente, i fatti alla base della pronuncia: nei confronti di una società a responsabilità limitata con sede in Germania ed una controllata iscritta nel registro di commercio bulgaro veniva aperta, davanti al Tribunale di Dortmund (Germania), una procedura di insolvenza. Successivamente, di fronte al Sofiyski gradski sad (Tribunale di Sofia), la società instaurava un procedimento volto a far dichiarare l'inefficienza di alcune operazioni bancarie di pagamento disposte nei confronti di un privato in seguito all'apertura della procedura di insolvenza; il convenuto, però, sollevava eccezio-

ne di incompetenza giurisdizionale. Dopo una serie di complicate vicissitudini processuali - che comportavano, dapprima, il rigetto dell'eccezione sia in primo grado sia in appello; poi, la declaratoria di irricevibilità del ricorso proposto alla Corte di cassazione Bulgara, con conseguente passaggio in giudicato della decisione d'appello che aveva riconosciuto la giurisdizione del Tribunale di Sofia; ancora, l'accoglimento nel merito della domanda da parte di tale giudice, con una decisione però in seguito annullata dalla Corte d'appello -, la questione veniva nuovamente portata alla Suprema Corte Bulgara. Quest'ultima, sospeso il procedimento, sottoponeva alcune questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, chiedendo in particolare se la competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato membro nel cui territorio sia stata aperta una procedura di insolvenza ai sensi dell'art. 3, par. 1, del Regolamento (CE) n. 1346/2000^[2], per un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza, sia da ritenere esclusiva, o se, invece, il curatore possa esercitarla dinanzi ai giudici del-

^[1] Si tratta di Corte giust., 14 novembre 2018, Wiemer e Trachte GmbH in liquidazione c. Zhan Oved Tadzher, Causa C-296/17, in *eur-lex.europa.eu*.

^[2] Regolamento (CE) n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in GU L 160, 30 giugno 2000, 1 ss.; oggi sostituito dal Regolamento (UE) 2015/848 del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (rifusione), in GU L 141, 5 giugno 2015, 19 ss.

lo Stato membro nel cui territorio sia situata la sede sociale o il domicilio della controparte, qualora tale azione sia fondata su un atto di disposizione su beni mobili compiuto nell'altro Stato membro.

2. La conclusione della Corte

La Corte risponde al quesito statuendo che l'art. 3, par. 1, del Regolamento (CE) n. 1346/2000 «dev'essere interpretato nel senso che la competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato membro, sul territorio del quale la procedura di insolvenza è stata avviata, a conoscere di un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta nei confronti di una controparte con sede statutaria o domicilio in un altro Stato membro costituisce una competenza giurisdizionale esclusiva».

Per giungere a tale conclusione, innanzitutto la pronuncia individua il riferimento normativo a cui ricondurre l'azione revocatoria nell'art. 3, par. 1, disposizione in base alla quale sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore^[3]. Richiamando il proprio pregresso orientamento, infatti, la Corte afferma che l'ambito di applicazione della norma non riguarda soltanto la procedura in sé considerata ma anche le azioni che da essa scaturiscono direttamente e che le sono strettamente connesse^[4]. Tra siffatte azioni, come precisa la Corte, rientrano anche quelle «revocatorie volte ad incrementare l'attivo dell'impresa sottoposta a procedura fallimentare»^[5]; ne consegue pertanto che l'art. 3, par. 1 deve essere interpretato

[3] V. il punto 43 della sentenza. Sul COMI, anche in relazione a società controllata, si v. M.A. Lupoi, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso «Eurofood» e non solo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1393 ss., in part. 1398; S. Bariatti, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 198 ss., in part. 203; M. Benedettelli, «Centro degli interessi principali» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 499 ss.; P. Catallozzi, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Fall.*, 2006, 1256 ss. Sul tema, si v. E.F. Ricci, *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il Regolamento Ce 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 394; Id., *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 900 ss.; E. Frascaroli Santi, *Note a margine di una pronuncia innovativa sulla problematica ripartizione della competenza tra giudici della procedura principale e i giudici della procedura secondaria, riguardo alle azioni connesse. Limiti applicativi del Regolamento n. 44/2001*, in *Dir. fall.*, 2015, 603 ss.; G. Bongiorno, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, ivi, 2003, 642; F. De Santis, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, ivi, 2004, 91 ss.; R. Caponi, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, 222 ss.; S. Vincere, *Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 213 ss.; A. Falconi - M. Ravidà, *Il Regolamento n. 1346/2000 sulle insolvenze transfrontaliere*, in S. Scarafoni (a cura di), *Il processo civile e la normativa comunitaria*, Milanofiori Assago, 2012, 377 ss.; F.M. Mucciarelli, *Il Regolamento sulle insolvenze transfrontaliere e la delega italiana sulla crisi d'impresa: riflessioni sul rapporto tra la riforma italiana dell'insolvenza e il diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 891; C. Pasini, *La relazione della Commissione sull'applicazione del regolamento (Ce) n. 1346 del 2000: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 693 ss., spec. 704; A. Cavalaglio, *Spunti in tema di Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e riforma urgente della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2003, 237 ss.; L. Fumagalli, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 678 ss.; L. Daniele, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2002, 33 ss.

[4] La riconduzione all'art. 3 delle azioni direttamente derivate e strettamente connesse alla procedura si deve alla giurisprudenza della Corte e, in particolare, a Corte giust. 22 febbraio 1979, Henri Gourdain c. Franz Nadler, causa C-133/1978, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1979, 572 ss.; principio poi ribadito da Corte giust. 12 febbraio 2009, Christopher Seagon c. Deko Marty Belgium NV, causa C-339/07, in *Int'l Lis*, 2009, 65 ss.; Corte giust. 2 luglio 2009, Sct Industri AB i likvidation c. Alpenblume AB, Causa C-111/08, in *Giur. it.*, 2010, 885 ss.; Corte giust. 4 dicembre 2014, H. c. H. K., C-295/13, in *eur-lex.europa.eu*. La mancanza dei requisiti della derivazione diretta e della stretta connessione è stata valorizzata, anche in negativo, per sottrarre l'azione dalla disciplina del Regolamento (CE) n. 1346/2000 e ricollocarla entro quella del Regolamento (CE) n. 44/2001: v. sul punto Corte giust., 10 settembre 2009, German Graphics Graphische Maschinen GmbH c. Alice van der Schée, causa C-292/08, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2010, 501 ss.; Corte giust. 19 aprile 2012, F-Tex SIA c. Lietuvos Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma», Causa C-213/10, ivi, 2012, 796 ss.

[5] Sul tema, v. M. Fabiani, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Fall.*, 2004, 376 ss.; Id., *La revocatoria fallimentare fra lex concursus e lex contractus nel Reg. CE 1346/2000*, ivi, 2007, 1319 ss.; F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2010, 20 ss.; Id., *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2008, 429 ss.; L. Panzani, *Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario. Note minime a seguito della decisione del Bundesgerichtshof del 21 giugno 2007*, in *Fall.*, 2008, 394 ss.; S.M. Carbone - M. Cataldo, *Azione revocatoria: esercizio della giurisdizione e legge applicabile*, in *Fall.*, 2004, 961 ss.; V. Sangiovanni, *L'azione revocatoria internazionale fra giurisdizione e legge applicabile*, ivi, 2007, 933 ss.; P. Catallozzi, *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, ivi, 2007, 635 ss.; V. Proto, *La revocatoria nella normativa CE sulle procedure di insolvenza*, in S. Pacchi (a cura di), *L'interprete e l'operatore dinanzi alla crisi dell'impresa*, Milano, 2001, 162; L. Fumagalli, *Atti pregiudizievole tra sostanza e processo: quale legge regolatrice per la revocatoria fallimentare*, in *Int'l Lis*, 2007, 69 ss.; P. De Cesari, *La revocatoria fallimentare tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, 994 ss.; F. Dialecti, *Giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2009, 441 ss.

«nel senso che i giudici dello Stato membro nel cui territorio è stata aperta una procedura di insolvenza sono giurisdizionalmente competenti a conoscere dell'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta nei confronti di una controparte con sede statutaria in un altro Stato membro»[6].

In secondo luogo, la pronuncia affronta la questione del carattere facoltativo o esclusivo della regola di competenza così individuata, optando per la sua esclusività.

La natura esclusiva della regola di competenza di cui all'art. 3, par. 1 era già stata affermata rispetto all'apertura della procedura di insolvenza, che spetta necessariamente ai giudici dello Stato membro in cui si trova il centro dei principali interessi del debitore[7].

Una volta ricondotta l'azione revocatoria tra quelle direttamente scaturenti dalla procedura e ad essa strettamente connesse, e così sussunta nell'ambito applicativo dell'art. 3, par. 1, potrebbe sembrare conseguenziale estendervi l'esclusività della regola di competenza in esso contenuta; conclusione che, d'altra parte, discende dall'inapplicabilità di una diversa regola di competenza.

In tal senso, la Corte esclude che al curatore sia consentito di adire i giudici dello Stato membro del domicilio della controparte convenuta in revocatoria; ciò che non può verificarsi in applicazione né della generale regola di competenza in materia civile e commerciale, fondata sul criterio del domicilio del convenuto[8], né di una diversa e specifica disposizione contenuta nel Regolamento (CE) n. 1346/2000.

Sotto il primo profilo, la Corte ribadisce il principio della reciproca autonomia tra il Regolamento in materia di insolvenza transfrontaliera e quello in materia civile e commerciale: il Regolamento (CE) n. 1346/2000 e il Regolamento (CE) n. 44/2001(c.d. Bruxelles I), infatti, devono essere interpretati in

modo da evitare sia sovrapposizioni sia vuoti normativi. Tra tali due sistemi normativi viene in rilievo un principio di non interferenza: le procedure di insolvenza, come pure le azioni direttamente derivanti dalla stessa e strettamente connesse, non rientrano nel campo di applicazione del Regolamento in materia civile e commerciale, e restano disciplinate, dunque, soltanto da quello sull'insolvenza. Ciò vale anche per l'azione revocatoria che scaturisca direttamente da una procedura d'insolvenza e a quest'ultima strettamente connessa: essa ricade nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000, con esclusione dal Regolamento (CE) n. 44/2001, e, dunque, dalla regola di competenza prevista all'art. 2, fondata, appunto, sul domicilio del convenuto.

Sotto il secondo profilo, un analogo principio non può desumersi dal Regolamento in materia di insolvenza: esso, infatti, non prevede nessuna norma attributiva della competenza giurisdizionale in materia di revocatoria fondata sul domicilio del convenuto.

In ragione di tali considerazioni, dunque, la Corte perviene a dichiarare che «i giudici dello Stato membro nel cui territorio sia stata avviata la procedura di insolvenza, di cui all'art. 3, par. 1, del Regolamento n. 1346/2000, dispongono della competenza giurisdizionale esclusiva a conoscere delle azioni direttamente scaturenti da detta procedura e ad essa strettamente connesse e, quindi, delle azioni revocatorie fondate sull'insolvenza»[9].

3. Coordinamento con le ulteriori disposizioni del Regolamento

Una diversa conclusione non potrebbe emergere nemmeno da un coordinamento con le altre disposizioni contenute nel Regolamento.

Innanzitutto, in questa direzione non si può porre l'art. 18, il

[6] Punto 26. V. nel medesimo senso la già citata sentenza Seagon, ove si è affermato che l'art. 3, par. 1 deve essere interpretato «nel senso che i giudici dello Stato membro sul territorio del quale la procedura di insolvenza è stata avviata sono competenti a statuire su un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta contro un convenuto avente la sua sede statutaria in un altro Stato membro» (punto 28). Nel medesimo senso, v. Corte giust. 16 gennaio 2014, Ralph Schmid c. Lilly Hertel, causa C-328/12, in *eur-lex.europa.eu*, ove si è affermato che «l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento deve essere interpretato nel senso che i giudici dello Stato nel territorio del quale è stata aperta la procedura di insolvenza sono competenti a conoscere di un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza contro il convenuto non avente il suo domicilio sul territorio di uno Stato membro» (punto 39). Sulle diverse tesi emerse in tema di competenza rispetto all'azione revocatoria, v. M. Farina, *La vis attrattiva concursus nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Fall.* 2009, 670; nonché F. Corsini, *La Corte di Giustizia «inventa» una (dimezzata) vis attrattiva concursus internazionale*, in *Int'LLis*, 2009, 66.

[7] Punto 23. Sulla questione, si v. Corte giust. 15 dicembre 2011, Rastelli Davide e C., C-191/10, punto 27, ove si afferma che l'art. 3, n. 1, conferisce, per l'avvio della procedura, «competenza esclusiva ai giudici dello Stato membro sul territorio del quale il debitore ha il centro dei suoi interessi principali». Nel senso che si tratti di una competenza esclusiva, v. già E.F. Ricci, *Il riconoscimento delle procedure*, cit., 387.

[8] V. il Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GU L 12, 16 gennaio 2001, 1 ss., all'art. 2 co. 1; oggi sostituito dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), in GU L 351, 20 dicembre 2012, 1 ss., che prevede la medesima regola all'art. 4.

[9] Punto 36.

quale al par. 2 prevede che il curatore possa far valere in ogni Stato membro in via giudiziaria o stragiudiziale che un bene mobile è stato trasferito «dal territorio dello Stato di apertura nel territorio di tale altro Stato membro dopo l'apertura della procedura di insolvenza»; precisando altresì che egli possa «anche esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori»^[10]. Tale potere, però, è limitato al curatore che sia stato «designato dal giudice competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2»; di conseguenza, come spiega la Corte, la disposizione può trovare applicazione soltanto se nominato nell'ambito di una procedura secondaria^[11]. Né può essere richiamato l'art. 25, che al par. 1 prevede, tra l'altro, l'automatico riconoscimento delle decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se prese da un altro giudice; da tale norma, infatti, non si può trarre un argomento a favore di una giurisdizione internazionale facoltativa per le azioni revocatorie. Al contrario, essa riguarda la sola possibilità che un giudice diverso da quello di apertura, ma pur sempre nella giurisdizione dello Stato membro, possa conoscere di un'azione connessa, sulla base dei criteri di competenza interna; ciò in applicazione di quella che è stata definita come *vis attractiva* dimidiata, in virtù della quale, nell'ambito dell'unica giurisdizione dello Stato di apertura, potranno trovare applicazione le regole di competenza nazionali, tra le quali solo eventualmente sarà fissato un principio di accentramento delle azioni derivate dall'insolvenza davanti ad un unico giudice concorsuale, analogamente a quanto previsto nell'ordinamento interno^[12].

4. La regola di competenza per l'azione revocatoria nella nuova disciplina europea

Ci si potrebbe chiedere se tali conclusioni siano destinate a

trovare conferma alla luce degli strumenti normativi attualmente in vigore: con riferimento, cioè, al Regolamento (UE) n. 848/2015 in materia di insolvenza transfrontaliera, nel suo rapporto con il Regolamento (UE) n. 1215/2012 in materia civile e commerciale (c.d. Bruxelles I bis).

A tal proposito si può affermare come, da un lato, l'ambito di applicazione di tali Regolamenti ricalchi quello dei Regolamenti pregressi. Il Regolamento Bruxelles I bis, infatti, si configura come generale strumento in materia civile e commerciale, dal quale resta però escluso, in senso confermativo al sistema precedente, il settore concorsuale; le procedure di insolvenza (e, in aggiunta, quelle di pre-insolvenza), quindi, sono da ricondurre integralmente all'ambito applicativo del Regolamento (UE) n. 848/2015. Dall'altro, il nuovo Regolamento sull'insolvenza ha introdotto una disciplina espressa sulla competenza per le azioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e che vi si inseriscono strettamente. Recependo i risultati già raggiunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, tali azioni sono attribuite ai giudici dello Stato membro di apertura della procedura principale; inoltre, si specifica che tale disciplina si estende anche alle azioni revocatorie. L'art. 6 prevede infatti al par. 1 che i giudici dello Stato membro nel cui territorio è aperta una procedura d'insolvenza ai sensi dell'art. 3 sono competenti a conoscere delle azioni che derivano direttamente dalla procedura e che vi si inseriscono strettamente, come le azioni revocatorie. Queste ultime, dunque, sono espressamente incluse tra le azioni che, in quanto ritenute inscindibilmente congiunte alla procedura di insolvenza e ad essa ancillari, sono sottoposte ad una regola di competenza giurisdizionale unitaria^[13].

La conclusione non cambia anche prendendo in considera-

[10] Sui problemi di coordinamento tra proposizione dell'azione revocatoria e art. 18, v. M. Fabiani, *La comunitarizzazione della revocatoria*, cit., 380; F. Corsini, *La Corte di Giustizia «inventa»*, cit. 68; nonché S.M. Carbone - M. Cataldo, *Azione revocatoria*, cit., 32-33.

[11] Ciò che si giustifica in quanto i poteri del curatore, nell'ambito di una procedura secondaria, sono limitati territorialmente, con riferimento ai beni del debitore situati nel territorio dello Stato membro in cui è stata aperta; di conseguenza, il curatore deve disporre della possibilità di proporre un'azione revocatoria in un diverso Stato membro nel caso in cui vi siano trasferite le merci che ne sono oggetto successivamente all'apertura (punto 40).

[12] L'art. 3 è infatti stato inteso come introduttivo di una *vis attractiva concursus*, idonea ad attrarre al foro di apertura le controversie ancillari (anche se nel suo dato letterale si riferisca soltanto all'apertura della procedura), ma soltanto dimidiata: essa non comporta automaticamente la competenza dell'unico giudice preposto alla procedura di insolvenza, ma, una volta individuato il giudice dotato di competenza giurisdizionale, la regola di competenza applicabile si troverà a dipendere dalla normativa processuale nazionale. Di conseguenza, solo in presenza di una norma specifica sarà applicabile un principio di attrazione vera e propria, come era previsto dall'art. 24 l.fall., e quale si configura, ora, quello dettato dall'art. 32, co. 1, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (codice della crisi e dell'insolvenza), ai sensi del quale il tribunale che ha aperto le procedure di liquidazione è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore. Sulla *vis attractiva* si v. M. Farina, *La vis attractiva concursus*, cit., 673; A. Castagnola, *Regolamento CE 1346/2000 e vis attractiva concursus: verso un'universalità meno limitata?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 925; nonché, se si vuole, L. Galanti, *Il problematico inquadramento delle «azioni strumentali» ad una procedura di insolvenza transfrontaliera: ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000 alla luce della riforma attuata con il Regolamento (UE) n. 848/2015*, in *Dir. fall.*, 2016, II, 164, anche per ulteriori riferimenti.

[13] Analogamente, al cons. 35 si prevede che i giudici dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura di insolvenza dovrebbero essere competenti a conoscere anche delle azioni che derivano direttamente dalla procedura e che vi si inseriscono strettamente; azioni che dovrebbero comprendere anche le revoca-

zione i poteri di cui è investito il curatore, tra i quali si trova pure quello di proporre un'azione revocatoria in un altro Stato membro: l'art. 21, par. 2 prevede infatti che l'amministratore delle procedure di insolvenza possa agire in via giudiziaria o stragiudiziale, in un altro Stato membro, avverso il trasferimento di un bene mobile dal territorio dello Stato di apertura e può anche esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori. Nel nuovo Rego-

lamento, però, analogamente alla disciplina pregressa, tale potere è riservato all'amministratore «designato dal giudice competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2», e, dunque, nell'ambito di una procedura di insolvenza secondaria. Su tali basi, sembra che il ragionamento seguito dalla Corte, benchè riferito al precedente Regolamento sull'insolvenza, possa mantenere la propria validità e trovare applicazione anche con riferimento alla nuova disciplina.

torie contro convenuti in altri Stati membri. Sulla disciplina della competenza in materia di revocatoria nel nuovo Regolamento, v. L. Boggio, *La revocatoria ordinaria nell'insolvenza internazionale nell'evolversi del diritto UE*, in *Giur. it.*, 2017, 2141; Id., *Certezza dei traffici e limiti al law shopping : la revocatoria fallimentare nel diritto UE*, in *Giur. it.*, 2016, 2421.

LITISPENDENZA EUROUNITARIA

Prior in tempore: profili della prevenzione temporale nella litispendenza eurounitaria (Testo ampliato della relazione al convegno “Il tempo nel diritto, il diritto nel tempo”, svoltosi a Ravenna, il 14 marzo 2019)

di Michele Angelo Lupoi

del 27 marzo 2019

Sommario

1. Introduzione: la prevenzione temporale come criterio per la definizione della litispendenza eurounitaria
2. Un'eccezione per via interpretativa: la prevalenza dei criteri di collegamento esclusivi oggi posti dall'art. 24 del regolamento n. 1215 del 2012
3. L'art. 31 del regolamento n. 1215 e la breccia nella muraglia della prevenzione secca
4. (Segue) Condizioni di operatività del nuovo meccanismo di “selezione inversa”
5. Una recente sentenza della Cassazione italiana: la litispendenza eurounitaria impone in ogni caso la sospensione del secondo giudizio?
6. (Segue) Il venir meno della contemporanea pendenza dei procedimenti dopo la decisione di primo grado di dismissione della giurisdizione per litispendenza
7. La Corte di giustizia: il mancato rispetto delle norme sulla litispendenza non preclude il riconoscimento della relativa decisione

1. Introduzione: la prevenzione temporale come criterio per la definizione della litispendenza eurounitaria

Nel contenzioso transfrontaliero, si sa, agire per primi può condizionare l'esito del processo.

Chi agisce per primo, infatti, sceglie la giurisdizione e può impedire (o rendere molto difficoltoso) alla controparte promuovere la stessa azione in un foro diverso.

La scelta del foro, d'altro canto, porta con sé i pregi e i difetti del relativo sistema processuale, alla cui norme, ai cui rimedi e ai cui tempi sarà assoggettata l'azione ivi instaurata. Agire per primi assume particolare rilevanza nell'ambito dello spazio di giustizia europeo, governato da norme molto severe sulla litispendenza.

In un sistema che rende automatici (o comunque agevola al massimo) il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni degli Stati membri, eliminando gli ostacoli a tale libera circolazione, prevenire la pendenza di procedimenti paralleli sulla stessa causa, come noto, è uno degli obiettivi fondamentali: intervenire sui *parallel proceedings*, lasciando che uno solo di essi possa essere coltivato, è infatti funzionale alla prevenzione del contrasto tra decisioni che rappresenta uno dei principali ostacoli all'ingresso di una sentenza in uno Stato diverso da quello in cui è stata pronunciata.

Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio le norme dei

molti regolamenti processuali europei attualmente in vigore tra gli Stati membri dell'Unione e che hanno costruito, tassello dopo tassello, il c.d. spazio di giustizia europeo.

Qui, dopo una premessa di inquadramento, mi prefiggo piuttosto di esaminare le novità introdotte nella materia dal regolamento 1215/2012 e due decisioni recenti che affrontano alcuni profili di grande interesse della litispendenza eurounitaria.

Alcune preliminari parole di contesto, però, sono necessarie. L'antenato delle norme eurounitarie sulla litispendenza è, come noto, l'art. 21 della convenzione di Bruxelles del 1968 che ha stabilito una regola rimasta sostanzialmente immutata nelle successive evoluzioni della convenzione e che è stata recepita anche nei regolamenti processuali venuti alla luce dopo il Trattato di Amsterdam.

Tale regola impone al giudice adito per secondo di sospendere il procedimento in attesa che il giudice adito per primo si dichiari competente. Dopo tale declaratoria, il giudice successivamente adito è tenuto a dichiararsi incompetente, ponendo così termine alla situazione di litispendenza attraverso l'eliminazione del secondo procedimento.

Il sistema, insomma, si basa sulla prevenzione temporale, interpretata, peraltro, in modo molto rigido: in molteplici decisioni, in effetti, la Corte di giustizia ha ribadito che la fi-

ducia reciproca e l'equivalenza tra le giurisdizioni su cui si fonda lo spazio di giustizia europeo richiedono il rigoroso rispetto appunto di tale criterio temporale, tanto da fare ritenere che, nel contesto eurounitario, si incentivi il c.d. "forum running".

Si è, ad esempio, negato che il meccanismo qui in esame possa essere bypassato nell'ipotesi in cui sia preventivamente adito un foro notoriamente "lento" nello smaltimento del contenzioso civile [1]. Il mancato rispetto del principio della ragionevole durata del processo, sancito anche dall'art. 6 della C.e.d.u., espone, infatti, il singolo Stato alle responsabilità e alle sanzioni previste da tale strumento internazionale, ma, in un sistema basato sulla equivalenza tra le giurisdizioni, non consente di formulare "giudizi di valore" sull'efficienza del sistema giudiziario degli altri Stati membri.

E si è pure negato, a fronte del tenore letterale delle norme, che la sospensione del secondo procedimento possa avere come presupposto la verifica della sussistenza della giurisdizione del giudice adito per primo o il pronostico di riconoscibilità della sentenza che quest'ultimo avrebbe emesso. Come regola, infatti, ogni giudice è arbitro della propria competenza, senza possibilità di ingerenze o sindacati esterni [2]: anche in questo caso, si tratta di un corollario dei principi dell'equivalenza tra le giurisdizioni e della fiducia reciproca. Allo stesso modo, non assumono rilievo valutazioni circa la natura "abusiva" della prima azione. Per quanto il legislatore europeo possa contrastare i fenomeni di *forum shopping*, è il giudice preventivamente adito che si deve occupare di sanzionare eventuali liti temerarie o abusi processuali, senza che ciò abbia, di per sé, influenza sui meccanismi della litispendenza [3].

2. Un'eccezione per via interpretativa: la prevalenza dei criteri di collegamento esclusivi oggi posti dall'art. 24 del regolamento n. 1215 del 2012

Rispetto a quanto precede, l'esperienza applicativa dell'art. 21 della convenzione del 1968 aveva subito evidenziato che

la prevenzione secca potesse trasformarsi, da criterio di selezione tra procedimenti contemporaneamente pendenti, a strumento di distorsione delle dinamiche processuali.

Alla parte smalzita, in effetti, come si è visto, basta affrettarsi ad agire in giudizio per prima nel foro di propria scelta (pure palesemente privo di giurisdizione) per bloccare anche per anni la controparte, costretta ad attendere la declaratoria di incompetenza del giudice scelto dalla controparte prima di potere coltivare le proprie pretese in un foro diverso (magari quello individuato da una clausola di proroga della giurisdizione).

Un'eccezione rispetto all'operare della prevenzione secca è stata in primo luogo individuata sul piano interpretativo, per l'ipotesi in cui il giudice successivamente adito sia dotato di una giurisdizione esclusiva e il primo non [4]. A tale soluzione si è arrivati da un confronto tra le norme sulla litispendenza e quelle sulla circolazione delle decisioni, specificamente quelle relative alle ipotesi di riesame della competenza indirte del giudice straniero in sede di riconoscimento ed esecuzione della sua decisione.

Dopo un *obiter dictum* nella decisione *Overseas Union*, indicazioni in questo senso si erano anche tratte dalla decisione del caso *Van Horn* [5]. Infine, la Corte di giustizia si è pronunciata in modo espresso sulla questione nel c. *Weber*, giungendo ad affermare che, prima di sospendere il procedimento per litispendenza europea, il giudice adito per secondo deve esaminare se, a causa di una violazione della competenza esclusiva prevista all'art. 24, n. 1 del regolamento n. 1215 del 2012, un'eventuale decisione nel merito del giudice adito per primo non sarà riconosciuta negli altri Stati membri ai sensi dell'art. 45, para. 1 del medesimo regolamento [6]. Si è così sancito, a livello interpretativo, che il giudice "prevenuto", se dotato di competenza esclusiva possa non applicare i meccanismi della litispendenza qualora il giudice adito per primo non eserciti a sua volta una competenza esclusiva. La sentenza che tale giudice andas-

[1] Corte giust., 9 dicembre 2003, c. 116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT s.r.l.*, in Riv. dir. int. priv. proc., 2004, p. 371

[2] V. Corte giust., 27 giugno 1991, c. 351/89, *Overseas Union Insurance Ltd v. New Hampshire Insurance co.*, in Riv. dir. int. priv. proc., 1992, p. 620.

[3] Per una fattispecie in cui viene sollevata la questione v. *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Comm. Ct.*, 30 ottobre 2015, c. *Maxter Catheters sas c. Medicina Limited*, in 2015 EWHC 3076 (Comm).

[4] V. il mio *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, tomo 2, Milano, 2002, p. 730 ss.; v. anche Carbone, Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016, p. 293; Marengo, *La litispendenza internazionale*, Torino, 2000, p. 58. La tesi esposta nel testo resta attuale anche rispetto al regolamento n. 1215, visto che il nuovo art. 31 si occupa solo della competenza esclusiva derivante da una clausola di proroga, ovvero di un'ipotesi in cui, in sede di riconoscimento, non è comunque previsto un controllo di regolare applicazione della norma comune europea.

[5] 9 ottobre 1997, c. 163/95, *Van Horn v. Cinnamond*, in Guida dir., 1997, fasc. 42, p. 94.

[6] Corte giust., 3 aprile 2014, c. 438/12, *Weber c. Weber*, su cui Vitellino, *Le novità in materia di litispendenza e connessione*, in *La riforma del regolamento Bruxelles I. Il regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla giurisdizione e l'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale*, a cura di Malatesta, Milano, 2016, p. 99; Forner-Delaygua, *Changes to jurisdiction based on exclusive jurisdiction agreements under the Brussels I Regulation Recast*, in *Jour. priv. int. law*, 2015, p. 389.

se a pronunciare, in effetti, non potrebbe trovare ingresso in altri Stati membri: la sospensione (o, peggio, la dismissione) del secondo giudizio dunque integrerebbe un diniego di giustizia.

Tale eccezione al meccanismo della prevenzione temporale, peraltro, non si applicava alle ipotesi invero più frequenti e problematiche [7], in cui il giudice adito per secondo era quello indicato in una clausola di scelta del foro ai sensi dell'art. 23 del regolamento n. 44 (l'attuale art. 25 del regolamento n. 1215) [8].

Nel caso *Gasser c. Misat* [9], in effetti, in una fattispecie in cui il giudice adito per secondo era appunto quello indicato come competente in una clausola di scelta del foro, la Corte aveva affermato che “il giudice adito per secondo non è, in nessun caso, più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest'ultimo” e aveva poi concluso che, in un caso come quello sottoposto alla sua attenzione, solo il giudice preventivamente adito poteva verificare l'esistenza della clausola e dichiararsi incompetente qualora avesse accertato che le parti avessero effettivamente convenuto la competenza esclusiva del giudice successivamente adito [10].

3. L'art. 31 del regolamento n. 1215 e la breccia nella muraglia della prevenzione secca

Sul piano normativo, peraltro, il meccanismo processuale fondato sulla prevenzione secca a lungo non ha avuto eccezioni o deroghe. Si è dovuta attendere la rifusione del regolamento 44/2001 nel regolamento n. 1215/2012 perché una breccia fosse aperta in tale muro.

Nel para. 2 del nuovo art. 31 del regolamento Bruxelles I bis, in particolare, il legislatore europeo ha recepito le critiche [11] contro il sistema rigido e inflessibile creato dalla convenzione del 1968, confermato nel regolamento n. 44/2001 e implementato dalla Corte di giustizia, in particolare con la decisione *Gasser* [12]. In particolare, sono stati rivisitati i “valori” rilevanti in questo contesto e la relativa gerarchia [13], giungendo ad una soluzione molto innovativa [14].

La linea seguita dal nuovo regolamento, in questo ambito, è enunciata dal considerando n. 22, ove si proclama la necessità di migliorare l'efficacia degli accordi di scelta del foro, onde conferire piena efficacia alla volontà delle parti ed impedire tattiche processuali scorrette. A tal fine, si afferma che il regolamento dovrebbe dare priorità al giudice designa-

[7] Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) (“Brussels I bis” Regulation)*, in <http://ssrn.com/abstract=1930712>, p. 19.

[8] V. il mio *Conflitti*, cit., p. 734.

[9] Corte giust., 9 dicembre 2003, c. 116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT s.r.l.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 371, su cui v. il mio *La “nuova” litispendenza comunitaria: aspetti procedurali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1306 ss.; di recente S. M. Carbone, *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 656; Vitellino, *Le novità in materia di litispendenza e connessione*, cit., p. 98; Kenny, Hennigan, *Choice-of-court agreements*, cit., p. 200; Bergson, *The death of the torpedo action? The practical operation of the Recast's reforms to enhance the protection for exclusive jurisdiction agreements within the European Union*, in *Jour. int. priv. law*, 2015, p. 1; critico Fentiman, *Access to justice and parallel proceedings in Europe*, in *Camb. law jour.*, 2004, p. 312 ss.; Baatz, *Who decides on jurisdiction clauses?*, in *Lloyd's mar. com. law quar.*, 2004, p. 25; Brand, *Challenges to forum non conveniens*, in <http://ssrn.com/abstract=2288697>, p. 11.

[10] Cass., sez. un., 2007, n. 3364, ord., in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, p. 156; LG Bonn, 26 giugno 2003, in *Int. lit. proc.*, 2004, p. 783; Trib. Milano, 8 giugno 2004, ord., in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, p. 141; High Court of Justice, Queen's Bench Division, *Comm. Ct.*, 5 aprile 2005, c. *JP Morgan Europe Limited c. Primacom AG*, in 2005 EWHC 508 (Comm), su cui Bergson, *The death of the torpedo action?*, cit., p. 3 ss.; per *Court of appeal*, 2 dicembre 2004, c. *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd. v. New India Assurance Association Company Ltd.*, n 2004 EWCA 1598 Civ, però, la decisione della Corte non sarebbe applicabile nella diversa ipotesi in cui il secondo giudice fosse competente su una controversia in materia arbitrale, esclusa dall'ambito applicativo del regolamento Brussels I; perplessità di Merrett, *To what extent does an agreement to arbitrate exclude the Brussels regulation?*, in *Camb. law jour.*, 2005, p. 309.

[11] V., di recente, Steinle, Vasiliades, *The enforcement of jurisdiction agreements*, cit., p. 565 ss.; Nurmela, *Sanctity of dispute resolution clauses: strategic coherence of the Brussels system*, in *Jour. priv. int. law*, 2005, p. 115 ss.; Salerno, *Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Cuadernos der. trans.*, 2010, p. 8.

[12] Al riguardo, Bergson, *The death of the torpedo action?*, cit., p. 6, scrive: “It is plain from the wording of Article 31(2) and Recital (22) that the Recast effects a legislative reversal of *Gasser* by giving priority to the chosen court even where it is second seised”. Per High Court of Justice, Queen's Bench Division, *Comm. Ct.*, 3 febbraio 2017, c. *Commerzbank Aktiengesellschaft c. Liquimar Tankers Management Inc.*, in 2017 EWHC 161 (Comm), “the outcome in *Eric Gasser* was criticised and ultimately led to the recasting of Brussels I”. Sull'impatto del Recast sulla giurisprudenza *Gasser*, Wilke, *The impact of the Brussels I Recast on important “Brussels” case law*, in *Jour. int. priv. law*, 2015, p. 129 ss.

[13] Nurmela, *Sanctity of dispute resolution clauses*, cit., p. 134.

[14] Al riguardo, v. anche Suderow, *Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: el caso del torpedo italiano? Flexibilidad versus previsibilidad?*, in *Cuad. der. trans.*, 2013, fasc. 1, p. 192 ss.

to nell'accordo, ancorché adito per secondo, di pronunciarsi sulla propria competenza.

In attuazione di tale *policy*, dunque, l'art. 29 del regolamento, pur continuando a disciplinare la litispendenza europea sulla base della tradizionale regola della prevenzione temporale [15], fa salva l'applicazione dell'art. 31, para. 2°, in merito alle conseguenze derivanti dalla presenza di una clausola di scelta del foro [16].

Il para. 2 dell'art. 31, dal canto suo, introduce una importante deroga al criterio della prevenzione temporale "secca" in materia di litispendenza europea, per l'ipotesi in cui il giudice adito per primo sia diverso da quello scelto convenzionalmente dalle parti [17].

Fatta salva l'applicazione del (nuovo) art. 26 (sull'accettazione tacita della giurisdizione da parte del convenuto che si costituisce in giudizio senza nulla contestare in merito alla competenza del giudice adito) [18], si prevede, dunque, che, qualora sia instaurato un procedimento tra le stesse parti e sulla medesima causa avanti al giudice di uno Stato membro [19] dotato di competenza esclusiva in forza di un accordo di proroga *ex art. 25*, qualunque giudice di un altro Stato membro [20] è tenuto a sospendere il procedimento fino a quando il giudice adito sulla base dell'accordo dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo stesso.

Si è così scardinata la regola della prevenzione temporale rigida e si è privato, in caso di litispendenza, il giudice adito per primo del potere di pronunciarsi sulla validità e l'efficacia di una clausola di scelta delle corti di un altro Stato membro [21].

4. (Segue) Condizioni di operatività del nuovo meccanismo di "selezione inversa"

Rispetto alle condizioni operative del nuovo meccanismo, il

presupposto fondamentale di applicazione dell'art. 31 è che, dopo la proposizione della causa in un foro diverso da quello scelto dalle parti, la causa stessa sia "duplicata" nel foro "contrattuale", al quale, a questo punto, la corte previamente adita deve cedere il passo, sospendendo il procedimento e lasciando al secondo giudice decidere sulla validità e l'efficacia della clausola di proroga.

Il riferimento all'art. 26 contenuto nell'art. 31, para. 2°, implica che, ove il convenuto accetti, anche tacitamente, la competenza del primo giudice (ad esempio, costituendosi in quel giudizio senza sollevare alcuna eccezione), tale proroga volontaria di giurisdizione prevalga sulla clausola di scelta del foro. Con la conseguenza che, ove il convenuto ci ripensi e agisca nel foro contrattuale, il meccanismo dell'art. 31 non possa comunque operare [22].

Avanti al giudice "contrattuale" deve essere proposta la stessa causa già instaurata avanti al primo giudice: solo in questo modo, infatti, può scattare l'applicazione delle norme in materia di litispendenza.

Ovviamente, come si è visto, il convenuto nel primo procedimento, nel costituirsi, ha l'onere di sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione in base alla clausola di proroga, onde evitare l'operare dell'accettazione tacita prevista dall'art. 26. Non si prevede però che il giudice possa imporre un limite temporale per la proposizione dell'azione nel foro contrattuale, salvo che non sia lo stesso convenuto a chiederlo per consentire l'operatività del meccanismo dell'art. 31.

Con la proposizione della seconda domanda nel foro prorogato, il giudice successivamente adito acquista il monopolio della decisione sulla validità e l'efficacia della *choice of forum clause*. Nelle more di tale decisione, il primo giudice, una volta informato in qualsiasi modo [23] che la corte indi-

[15] Nel testo finale della norma, non è stata approvata la proposta della Commissione di onerare il giudice adito per primo di accertare la propria competenza entro un termine di sei mesi, salva la sussistenza di circostanze eccezionali.

[16] Il para. 1 dell'art. 31, dal canto suo, corrisponde all'art. 29 del regolamento Bruxelles I e conferma che, in caso entrambi i giudici aditi siano dotati di competenza esclusiva, trova comunque applicazione la regola della prevenzione temporale.

[17] Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) ("Brussels I bis" Regulation)*, in <http://ssrn.com/abstract=1930712>, p. 19.

[18] Su cui v. Vitellino, *Le novità in materia di proroga della giurisdizione. La c.d. proroga tacita*, in *La riforma del regolamento Bruxelles I*, cit., p. 78 ss.

[19] Non si prevede un meccanismo analogo per l'ipotesi di clausola a favore di uno Stato terzo.

[20] Ancorché adito sulla base di un titolo di giurisdizione stabilito dal diritto interno: Villata, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, 2012, p. 151.

[21] Penasa, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi. I. Natura e legge regolatrice*, 2012, p. 166, fa riferimento alla *Kompetenz-Kompetenz* del giudice prorogato in via esclusiva. Sulle assonanze tra questo nuovo meccanismo e quello previsto dagli artt. 4 e 5 della convenzione dell'Aja del 2005 relativa alla clausola di proroga della giurisdizione, v. Carbone, S. M., *Gli accordi di proroga della giurisdizione*, cit., p. 657.

[22] V. anche Bergson, *The death of the torpedo action?*, cit., p. 26. Sulla "rilevanza del comportamento processuale come adesione del convenuto alla competenza del giudice adito" v. Carbone, S. M., *Gli accordi di proroga della giurisdizione*, cit., p. 673.

[23] Sulle modalità di tale comunicazione v. Forner-Delaygua, *Changes to jurisdiction based*, cit., p. 392.

cata nella clausola sta decidendo sulla validità e sull'efficacia della stessa, è comunque tenuto a sospendere il proprio procedimento, se del caso revocando provvedimenti di senso contrario in precedenza emessi. Implicitamente, il giudice designato nella clausola è, per contro, esonerato dall'obbligo di sospendere il procedimento per la previa pendenza dinanzi alle corti di un altro Stato membro della medesima controversia [24].

La norma in esame, d'altro canto, prevede, come presupposto di operatività, la presenza di un "accordo di cui all'articolo 25" del regolamento n. 1215. Ci si chiede, dunque, quale tipo di controlli possa compiere il primo giudice in merito a tale presupposto [25].

Si deve escludere l'assenza di qualsiasi verifica in relazione alla clausola di proroga: ciò sarebbe infatti un invito al "reverse forum shopping" [26]. Sembra pure doversi escludere che il giudice adito per primo si spinga sino a verificare la sussistenza dei requisiti formali per la validità della clausola, dal momento che la norma lascia chiaramente capire che su tale profilo si possa pronunciare solo il giudice adito per secondo. Si deve, in particolare, evitare il rischio di procedimenti paralleli [27]. La maggior parte degli interpreti, dunque, si esprime nel senso di ritenere che il primo giudice debba verificare l'esistenza

prima facie della clausola di scelta del foro [28], per evitare un abuso del nuovo meccanismo procedurale.

Parte della dottrina ritiene che il giudice prorogato abbia competenza esclusiva solo rispetto alla validità, efficacia e ampiezza della clausola, mentre il giudice preventivamente adito possa valutare gli aspetti regolati da norme europee, precisando che però toccherebbe al giudice indicato nella clausola valutarne la validità e l'efficacia in base a quanto in questi anni stabilito dalla Corte di giustizia in materia [29]. Altri propongono una distinzione tra "validità" (rimessa al secondo giudice) ed "esistenza" della clausola (sulla quale si potrebbe pronunciare il primo giudice) [30]. Tali interpretazioni, però, non convincono, in quanto lasciano troppo margine al giudice adito per primo di non sospendere il proprio procedimento, andando così in senso contrario alla ratio ispiratrice della nuova norma. Appare dunque preferibile una valutazione in termini "probabilistici", alla cui stregua il giudice adito per primo, a fronte del rilievo della parte convenuta, si limiti a verificare la probabile esistenza di una clausola di scelta del foro [31]. Poiché, d'altro canto, il regolamento non impone che una tale clausola sia redatta per iscritto, l'analisi "sommatoria" del giudice adito per primo potrebbe imporre comunque qualche approfondimento [32].

[24] Villata, *op. cit.*, p. 173.

[25] Sui dilemmi posti a questo riguardo dalla proposta della Commissione v. Heinze, *Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I regulation*, in *RabelsZ*, 2011, p. 591 ss.

[26] V. anche le critiche a questa ipotesi di Bergson, *The death of the torpedo action?*, cit., p. 7. Anche per Weller, *Choice of court agreements under Brussels I and under the Hague convention: coherences and clashes*, in *Jour. priv. int. law*, 2017, p. 116, non è sufficiente ad azionare l'art. 31 "the mere objection against the jurisdiction of the non-chosen court with reference to the jurisdiction agreement"; a p. 123, l'a. ritiene l'esclusione di ogni controllo sulla clausola "not an option".

[27] V. anche C. Silvestri, *Gli accordi sulla giurisdizione nella nuova disciplina degli artt. 25 e 31 nel reg. 1215/2012*, in *Int. jour. proc. law*, 2015, fasc. 1, p. 36, che ritiene che della validità della clausola si possa occupare solo il giudice del foro elettivo anche in caso di censura di nullità della stessa o del contratto nel quale è inserita, in coerenza con l'indipendenza rispetto al contratto che il legislatore UE ha riconosciuto alla clausola stessa; Bergson, *The death of the torpedo action?*, cit., p. 8, per cui una "full determination" della validità della clausola sarebbe "contrary to the structure of Artiche 31(2) and Recital (22)"; Weller, *Choice of court agreements under Brussels I*, cit., p. 120.

[28] M. A. Lupoi, *La proposta di modifica del regolamento n. 44 del 2001*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 298; Carbone, S. M., *Gli accordi di proroga della giurisdizione*, cit., p. 657; Vitellino, *Le novità in materia di litispendenza e connessione*, cit., p. 102; Garcimartin, *Lis pendens and related actions*, in *The Brussels I Regulation Recast*, a cura di Dickinson, Lein, Oxford, 2015, p. 340; Villata, *op. cit.*, p. 170, ritiene insufficiente la mera formulazione di un'eccezione di parte; Bergson, *The death of the torpedo action?*, cit., p. 9, a favore di una "middle ground" determination; anche Wilke, *The impact of the Brussels I Recast on important "Brussels" case law*, in *Jour. int. priv. law*, 2015, p. 131, invoca: "The courts will have to find some sort of middle ground here"; Heinze, *Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I regulation*, *Max Planck private law research paper n. 1115*, in <http://ssrn.com/abstract=1804111>, p. 11 ss.; Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 19 ss. Cautio Weller, *Choice of court agreements under Brussels I*, cit., p. 122, che parla di un "reduced standard of review" della clausola da parte del primo giudice dopo l'instaurazione del secondo processo.

[29] Penasa, *op. cit.*, p. 175, ritiene pure che il giudice prescelto non possa riesaminare le questioni che il giudice derogato abbia stabilito a favore della validità e dell'efficacia della clausola in applicazione della normativa uniforme europea. *contra* Villata, *op. cit.*, 173 e C. Silvestri, *Gli accordi sulla giurisdizione*, cit., p. 35.

[30] Bergson, *The death of the torpedo action?*, cit., p. 12, il quale peraltro precisa che "there should be no final determination one way or another on the existence of the jurisdiction agreement at this stage".

[31] Bergson, *op. cit.*, p. 9 scrive che il giudice dovrebbe sospendere avendo accertato "that there is some evidence that a jurisdiction agreement exists".

[32] Bergson, *op. cit.*, p. 12, in effetti, ritiene che il primo giudice debba verificare l'esistenza della clausola con riferimento ai requisiti dell'Art. 25, con riferimento

Una volta che il giudice indicato dalla clausola abbia affermato che tale clausola è valida ed efficace e che dunque essa gli attribuisce giurisdizione, il giudice concorrente, ancorché adito per primo, ai sensi del para. 3 dell'art. 31, dovrà dichiararsi incompetente [33]. Se, per contro, il secondo giudice giungesse a ritenere che la clausola fosse invalida o inefficace o che essa non “coprisse” l'oggetto della causa, tale valutazione sarebbe vincolante per i giudici degli altri Stati membri aditi per la medesima controversia [34].

Il giudice “designato” che dichiara la clausola invalida o inefficace, d'altro canto, non potrà poi spingersi sino a verificare l'esistenza di eventuali ulteriori titoli di giurisdizione a proprio favore [35], dovendosi a quel punto applicare il meccanismo classico di sospensione del procedimento instaurato per secondo. Il primo processo, dunque, sarà riassunto e potrà procedere sino alla decisione di merito.

Anche se la norma non lo esplicita, peraltro, il giudice indicato nella clausola, una volta adito, deve potersi pronunciare sulla validità e sull'efficacia della clausola stessa a prescindere dal fatto che il giudice adito per primo abbia già deciso di sospendere il procedimento (così recita il considerando 22) [36]. Si giunge così ad ammettere la possibilità che entrambi i processi procedano per la propria strada e che magari il procedimento previamente instaurato giunga per primo ad una decisione sul merito [37].

5. Una recente sentenza della Cassazione italiana: la litispendenza eurounitaria impone in ogni caso la sospensione del secondo giudizio?

Nell'applicazione pratica, la prevenzione temporale e i meccanismi operativi della litispendenza eurounitaria continuano a presentare profili problematici. L'analisi della giurisprudenza al riguardo è dunque sempre molto interessante. In questa sede, vorrei analizzare due recenti decisioni in ma-

teria di litispendenza che affrontano alcuni di tali profili problematici.

La prima decisione è l'ordinanza della Cassazione n. 20841 del 21 agosto 2018.

La fattispecie riguardava la richiesta di risarcimento danni per un sinistro stradale avvenuto in Austria fatta valere dai medesimi attori in Austria quanto al danno patrimoniale e successivamente in Italia quanto al danno non patrimoniale (che il giudice austriaco non poteva liquidare in base alla legge da esso applicata).

Nell'ordinanza si affrontano varie questioni sui profili oggettivi e soggettivi della litispendenza eurounitaria, ma in questa sede mi interessa esaminare soltanto due aspetti “procedimentali”.

In effetti, nel giudizio instaurato in Italia, il Tribunale di Bolzano si era dichiarato incompetente per litispendenza, con conseguente declaratoria di difetto di giurisdizione.

In sede di impugnazione, la Corte d'appello di Trento-Bolzano aveva confermato la sentenza di primo grado, nonostante il fatto che gli appellanti avessero dimostrato che il processo preveniente austriaco, nelle more, si fosse concluso.

Gli attori italiani soccombenti proponevano allora ricorso per Cassazione, invocando, *inter alia*, la violazione degli artt. 27 e 33 del regolamento n. 44 del 2001.

La Suprema Corte apre il suo ragionamento con un'affermazione invero non nuova ma che continua a non sembrarmi condivisibile. La Cassazione ci tiene, infatti, a precisare che una situazione di litispendenza internazionale non configura una questione di giurisdizione. In effetti, un indirizzo della giurisprudenza di legittimità non costante nel tempo, ma periodicamente ricorrente, ritiene che la litispendenza implichi la sospensione necessaria del processo. Di questo profilo mi sono occupato di recente in altra sede, a cui rinvio [38]. A parte la mia personale posizione contraria, come si vedrà

anche al fatto che, come indicato dalla Corte di giustizia, il consenso rispetto alla clausola stessa sia dimostrato in modo chiaro e preciso. Questo sembra peraltro un approccio che va oltre la verifica “prima facie” e rispetto al quale, dunque, si possono esprimere perplessità.

[33] Villata, *op. cit.*, p. 160, afferma che per gli altri giudici, la decisione del giudice prorogato si pone in guisa di preclusione.

[34] Villata, *op. cit.*, p. 159, che riconosce a tale decisione effetti “dispositivo-processuali” o “extrastatali di fonte convenzionale, in termini di capacità di condizionare l'applicazione dei titoli legali di giurisdizione da parte delle corti di altro Stato membro; per l'a., qualora il giudice designato si sia pronunciato a favore della validità \ efficacia della clausola, il giudice previamente addito è tenuto a declinare la propria giurisdizione anche se, inizialmente, non avesse sospeso, ritenendo la clausola inesistente. Per Weller, *op. cit.*, p. 126, si tratta di un'obbligazione “implicita” nel testo dell'art. 31, a prescindere da ogni valutazione sistematica o collegata al tema della cosa giuridica. Per l'a.: “conceptually, the modified co-ordination mechanism in Articles 31(2) and (3) Brussels la Regulation remains entirely unaffected by the decision in Gothaer Versicherung”.

[35] Villata, *op. cit.*, p. 174; Herranz Ballesteros, *The regime of party autonomy*, in *Jour. priv. int. law*, 2014, p. 305-6; Vitellino, *op. cit.*, p. 101; Carbone, Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 281.

[36] V. anche Kenny, Hennigan, *Choice-of-court agreements*, cit., p. 202; Forner-Delaygua, *Changes to jurisdiction*, cit., p. 389; Weller, *op. cit.*, p. 123.

[37] V. al riguardo Vitellino, *op. cit.*, p. 104.

[38] V. il mio *Il coordinamento tra giurisdizioni nel diritto processuale di origine europea: an update*, Pacini, 2018.

a breve, questo orientamento mi pare sconfessato anche dalla Corte di giustizia europea. Nel contesto di riferimento, peraltro, la precisazione al riguardo è esclusivamente funzionale alla decisione della Cassazione di ritenere che il ricorso potesse essere deciso dalla sezione semplice senza rimessione alle sezioni unite.

A questo punto, la Corte rileva che, nella sequenza processuale precedente, entrambi i giudici di merito avessero commesso errori.

Il primo errore viene imputato al Tribunale di Bolzano, senza, peraltro, che, sul punto, vi fosse uno specifico motivo di ricorso. Si tratta, in sostanza di un *obiter dictum*, con il quale la Corte ribadisce la sua (a mio avviso erronea) visione della litispendenza eurounitaria. In sostanza, al giudice di primo grado si contesta di essersi dichiarato privo di giurisdizione per motivi di litispendenza invece che sospendere il procedimento.

La Cassazione, in sostanza, ribadisce la sua tesi per cui la situazione di litispendenza eurounitaria implicherebbe una sospensione necessaria del procedimento, “poiché al momento della decisione [di primo grado] la causa precedentemente introdotta dinanzi al giudice austriaco non si era conclusa”.

Tale conclusione, chiaramente, si basa sul meccanismo procedimentale previsto dall'attuale art. 29 del regolamento n. 1215 del 2012, alla cui stregua il giudice adito per secondo deve sospendere il procedimento finché il primo giudice non si sia dichiarato competente a decidere. Tale sospensione però, contrariamente a quanto sembra ritenere la Cassazione, non è sempre necessaria ma deve essere disposta solo qualora, nel primo procedimento, sia stata effettivamente contestata la giurisdizione del giudice adito. In effetti, la dismissione della lite è, per il giudice adito per secondo, un vero e proprio dovere [39] e solo qualora la competenza del primo giudice sia contestata, l'esercizio di tale dovere è rinviato alla definitiva decisione del primo giudice circa l'esistenza del proprio potere decisorio. Ove tale contestazione non sia stata sollevata, però, nessuna sospensione è necessaria e il giudice adito per secondo può direttamente pronunciare il proprio difetto di giurisdizione (poiché di questo, a mio avviso, si tratta). In particolare, la “contestazione” della giurisdizione del primo giudice che viene qui in rilievo è solo quella sollevata nel primo processo (in effetti, il secondo giudice non può, di regola, pronunciarsi sui confini del potere decisorio del collega straniero).

Ciò precisato, deve trattarsi di contestazioni effettivamente sollevate, dai convenuti o d'ufficio (nei limitati casi in cui ciò possa avvenire ai sensi del regolamento applicabile alla fattispecie), e non soltanto di questioni ipotetiche o che la parte si riservi di eccepire in futuro.

Per converso, salve le ipotesi di competenza esclusiva del secondo giudice, il meccanismo di sospensione non opera qualora la giurisdizione del primo giudice debba ritenersi accertata per mancato rilievo officioso del relativo difetto ovvero per mancata tempestiva contestazione della parte interessata [40].

Sul punto, come si è detto, si è pronunciata la Corte di giustizia, nel caso *Cartier Parfums*, nel quale si è escluso che, ai fini dell'operatività dei meccanismi uniformi sulla litispendenza, il primo giudice debba sempre pronunciarsi in via definitiva in merito alla propria competenza giurisdizionale. Tale pronuncia dovrà essere emessa, ovviamente, qualora il convenuto, nel costituirsi, prospetti, come sua prima difesa, appunto il difetto di giurisdizione del giudice adito. Allo stesso modo si dovrà procedere nella contumacia del convenuto qualora il giudice sollevi d'ufficio la relativa eccezione. Ma ove nessuna delle parti abbia eccepito l'incompetenza del primo giudice o tale eccezione non sia più proponibile nella fattispecie, nessuna pronuncia del giudice preventivamente adito è necessaria. La Corte, in effetti, osserva che il sistema europeo sulla litispendenza è stato concepito allo scopo di “evitare di protrarre la durata della sospensione del procedimento da parte del giudice successivamente adito, allorché la competenza del giudice precedentemente adito non possa essere, in realtà, più contestata” [41]. Tale rischio, per i giudici del Lussemburgo sarebbe inesistente qualora il giudice preventivamente adito non abbia declinato d'ufficio la propria competenza e nessuna delle parti l'abbia contestata anteriormente o fino al momento della presa di posizione considerata, dal diritto processuale interno, quale primo atto difensivo.

Un'eccezione è fatta per l'ipotesi in cui il giudice successivamente adito disponga di una competenza esclusiva: in questo caso, infatti, tale secondo giudice non è comunque tenuto a sospendere il proprio procedimento in attesa della decisione del primo giudice circa la propria competenza.

Al punto 43 della sentenza *Cartier*, in particolare, si legge: “qualora il giudice preventivamente adito non abbia decli-

[39] V. Cass., sez. un., 2007, n. 3364, ord., in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 156.

[40] Corte giust., 27 febbraio 2014, c. *Cartier parfums-lunettes SAS c. Ziegler France SA*, su cui Carbone, Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016, p. 290.

[41] Corte giust., 27 febbraio 2014, c. *Cartier parfums-lunettes SAS c. Ziegler France SA*, punto 38.

nato d'ufficio la propria competenza e non sia stata sollevata nessuna eccezione di incompetenza dinanzi ad esso, la dichiarazione, da parte del giudice successivamente adito, della propria incompetenza non può produrre la conseguenza di un conflitto negativo di giurisdizione, in quanto la competenza del giudice preventivamente adito non può più essere posta in discussione".

Nel caso deciso dalla Cassazione, non risulta che, nel momento in cui il Tribunale di Bolzano si pronunciava sull'eccezione di litispendenza, nel processo austriaco fosse contestata la giurisdizione del giudice adito. In base agli elementi che emergono dall'ordinanza in esame, dunque, il giudice di legittimità non disponeva di elementi per affermare che il giudice di primo grado avesse errato non sospendendo il procedimento.

6. (Segue) Il venir meno della contemporanea pendenza dei procedimenti dopo la decisione di primo grado di dismissal della giurisdizione per litispendenza

Quanto alla sentenza della Corte d'appello di Bolzano (direttamente oggetto di ricorso), per la Cassazione essa avrebbe errato laddove aveva confermato la decisione di primo grado nonostante il fatto che, nelle more, il procedimento austriaco si fosse concluso.

Questo capo dell'ordinanza in esame mi sembra fondato.

In effetti, la litispendenza deve esistere nel momento in cui viene emessa la relativa decisione. Qualora però tale decisione sia impugnata e, nelle more, per un qualsiasi motivo, il primo processo sia definito (anche solo per estinzione o in rito, con decisione non più impugnabile), il giudice dell'impugnazione, a mio avviso, deve prendere atto del venir meno della contemporanea pendenza di due procedimenti sulla stessa causa e dunque del presupposto fondamentale della pronuncia di litispendenza.

Questo non vuol dire che, a quel punto, il giudice adito per secondo possa pronunciare nel merito. Ciò avverrà solo ove il primo procedimento si sia chiuso con una decisione in rito o con una decisione di merito che non esaurisca l'oggetto del contendere del secondo procedimento, nel quale, dunque, restino da decidere domande non assorbite dal giudicato straniero. In questo momento, in effetti, non si parla più di litispendenza, quanto di rilevanza del giudicato esterno straniero sul procedimento nazionale.

Così ragionando, in effetti, si evitano rischi di diniego di giustizia, per l'ipotesi in cui, dopo l'iniziale pronuncia di difetto di giurisdizione per litispendenza, il processo prevenien-

te non sia pervenuto ad una decisione sul merito o esaustiva rispetto alle domande sollevate nel secondo procedimento.

In tale ipotesi, peraltro, la riforma della decisione di primo grado per la prosecuzione del giudizio nel merito, non implica per le parti la perdita di uno o più gradi di giudizio. Trattandosi di questione di giurisdizione negata dal primo giudice, infatti, ai sensi dell'art. 353, comma 1° c. p. c., a mio avviso, il giudice dell'impugnazione dovrebbe rimettere la causa appunto al primo giudice. Così, peraltro, non avviene nell'ordinanza della Cassazione qui in esame, ove la Corte, nell'accogliere il ricorso, rinvia la causa alla Corte d'appello di Trento, in diversa composizione, con una decisione che sembra implicare, per le parti, la perdita di un grado di giurisdizione nell'esame di merito della controversia.

7. La Corte di giustizia: il mancato rispetto delle norme sulla litispendenza non preclude il riconoscimento della relativa decisione

La seconda decisione a cui vorrei dedicare la mia attenzione è la recente sentenza della Corte di giustizia europea nel caso C-386/17, del 16 gennaio 2019 (nomi delle parti omissi per motivi di *privacy*).

La questione di interpretazione pregiudiziale proveniva dalla Cassazione italiana, nel contesto del regolamento n. 2201 del 2003 sulla materia matrimoniale [42].

Nella fattispecie, tra due coniugi (marito italiano e madre romena), era stato inizialmente proposto un procedimento in Italia sulla separazione e sulla responsabilità genitoriale sul figlio della coppia. In seguito, la madre aveva instaurato un procedimento di divorzio in Romania, nel quale aveva chiesto anche l'affidamento del medesimo minore. Il giudice romeno, pur adito per secondo, non aveva accolto l'eccezione di litispendenza, facendo valere, in sostanza, una ristretta nozione di identità di causa in ambito matrimoniale (contraria alla lettera e allo spirito dell'art. 19 del regolamento n. 2201/2003) e giungendo ad emettere una sentenza, poi passata in giudicato, con la quale aveva affidato il figlio minore in via esclusiva alla madre. Tutto questo prima che fosse definito il procedimento italiano instaurato per primo, nel quale, via provvisoria, il minore stesso era stato affidato in via esclusiva al padre.

Dopo il passaggio in giudicato della sentenza romena di divorzio, poi, la Corte d'appello di L'Aquila aveva dichiarato inammissibile la domanda del padre di affidamento del figlio minore in quanto la questione era già stata decisa in via definitiva in Romania.

[42] Cass., 20 giugno 2017, n. 15183.

La Cassazione, adita su ricorso del padre, si è così chiesta se potesse costituire ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza romena la preventiva instaurazione del giudizio di separazione personale e di regolamentazione della responsabilità genitoriale sul figlio minore in Italia e la conseguente violazione delle regole della litispendenza eurounitaria da parte del giudice romeno.

Alla Corte di giustizia, in particolare, la nostra Corte suprema chiedeva se la patente violazione delle regole della litispendenza potesse integrare un “manifesta contrarietà all’ordine pubblico”, ostativa al riconoscimento della decisione straniera, ai sensi degli artt. 22 lett. a) e 23 lett. a) del regolamento n. 2201.

Al riguardo, la Cassazione era ben consapevole che, nello spazio di giustizia europeo, viga il divieto di controllo, per il giudice successivamente adito, della competenza del giudice adito per primo. E, però, con un ragionamento dotato di un certo *appeal*, la Cassazione aveva osservato che il giudice romeno, pronunciandosi nonostante la litispendenza, non solo fosse privo di competenza, ma avesse soprattutto violato quello che viene definito un “principio di ordine pubblico eurounitario”. Certo, l’art. 24 del regolamento n. 2201 vieta, in sede di riconoscimento, il controllo circa la competenza indiretta del giudice *a quo* ed esclude il vaglio dell’ordine pubblico delle norme sulla competenza da questi applicato. D’altro canto, come la Cassazione non manca di evidenziare, tale norma limita l’esclusione da essa stessa prevista agli artt. da 3 a 14 del regolamento, non menzionando l’art. 19 (ovvero la norma sulla litispendenza nel regolamento Bruxelles II *bis*) che, dal canto suo, è collocato nella sezione III del capo II, la quale contiene regole inderogabili volte ad evitare la coesistenza di giudizi paralleli e decisioni contrastanti.

Su queste premesse, dunque, la Cassazione ha chiesto alla Corte di giustizia se l’interpretazione dell’art. 19 del regolamento n. 2201 inteso solo come criterio determinativo della competenza giurisdizionale contrasti con la nozione eurounitaria di litispendenza nonché con la funzione della norma, volta a dettare un insieme di regole inderogabili, di ordine pubblico processuale, a garanzia della creazione di uno spazio comune caratterizzato dalla fiducia e dalla lealtà processuale reciproca.

La Corte di giustizia, però, non ha ritenuto fondati i dubbi espressi dalla Cassazione.

In primo luogo, i giudici del Lussemburgo precisano che, nella fattispecie, viene in rilievo non solo l’art. 19 del regolamento 2201 ma anche l’art. 27 del regolamento 44/01, con riferi-

mento alle domande sul mantenimento della prole minorenni (all’epoca rientranti appunto nel regolamento Bruxelles I). Sin da queste battute, si comprende che la Corte intenda dare una lettura unitaria delle diverse norme sulla litispendenza europea, a prescindere dalle differenti formulazioni testuali dei vari regolamenti. In quest’ottica, dunque, viene superato il rilievo della Cassazione, per cui l’art. 19 del regolamento n. 2201 non è richiamato dall’art. 24 del medesimo regolamento: per la Corte di giustizia, infatti, le norme sulla litispendenza sono comunque da considerare tra le norme sulla competenza, essendo in effetti ricomprese nel capo II del regolamento Bruxelles II *bis*, rubricato appunto “competenza”.

Questo condivisibile rilievo, a mio avviso, dovrebbe essere adeguatamente valorizzato dalla nostra Cassazione che, come si è accennato nei paragrafi precedenti, sembra non riuscire a concepire che la litispendenza eurounitaria ponga a tutti gli effetti una questione di competenza giurisdizionale e dunque, dal punto di vista delle categorie giuridiche interne, di giurisdizione.

Nel merito della questione affrontata, anche in questa recentissima pronuncia, la Corte di giustizia conferma il suo ruolo di baluardo della fiducia reciproca tra le autorità giurisdizionali su cui si basa lo spazio comune di giustizia europeo. E nell’ottica di tale fiducia, essa conferma che anche rispetto alla litispendenza, in sede di riconoscimento della decisione, il giudice dello Stato *ad quem* non possa verificare il rispetto delle norme del regolamento da parte del collega straniero. In altre parole, la decisione di uno Stato membro resa in violazione di una disposizione del diritto europeo non cessa, solo per questo motivo, di essere automaticamente riconoscibile negli altri Stati membri.

Il procedimento di separazione italiano, dunque, pur preventivamente instaurato, deve “cedere” al riconoscimento della decisione romena di divorzio (dal contenuto diametralmente opposto a quello dei provvedimenti sino a quel momento emessi in Italia) resa nel giudizio iniziato per secondo ma deciso in tempi più brevi.

A livello di principi generali, l’approccio della Corte è sicuramente condivisibile.

Rispetto al caso concreto, d’altro canto, è spontaneo chiedersi quale fiducia si possa riporre in un giudice straniero che viola o comunque interpreta in modo erroneo le norme europee sulla litispendenza europea, come sembrano avere fatto le corti romene nella fattispecie.

Rispetto a un giudice che viola la disciplina sulla litispendenza eurounitaria, verrebbe da chiosare, non c’è prevenzione temporale che tenga...

PRESUPPOSTI DI FALLIBILITÀ

Sulla durata dell'esercizio sociale ai fini dell'art. 1 della Legge fallimentare: adeguamento delle soglie o ampliamento del termine?

Nota a Cass. civ., Sez. 1, 24 maggio 2018 n. 12963

di Emanuele Caimi

del 28 marzo 2019

Sommario

- I. Inquadramento della vicenda
- II. L'Annualità quale termine di parametrizzazione delle soglie
- III. L'Abuso quale limite all'autonomia dei soci nella modifica del termine dell'esercizio sociale

I. Inquadramento della vicenda

L'articolo 2 comma 1 lettera d) del Codice della crisi ha definito i limiti dimensionali dell'impresa minore, confermando i parametri numerici già introdotti dal D. Lgs. 9 maggio 2007 n. 169 (art. 1 comma 2 lettere a), b) della Legge Fallimentare nella sua attuale formulazione) da ponderarsi nell'arco temporale degli ultimi "tre esercizi" oltre che un indebitamento complessivo, da accertarsi alla data dell'istanza, inferiore ad euro 500.000 (lettera c).

Si registra un utilizzo pressoché analogo dei lemmi "esercizio" di cui all'art. 1 comma 1 l.f. ed "anno" laddove l'espressione "ultimi tre esercizi" è equipollente ad "ultimo triennio^[1]"; ciò pur in presenza della novella del 2007 che ha svincolato l'esercizio all'anno solare, mantenendo il rilievo di quest'ultimo solo con riferimento all'"ammontare complessivo annuo" dei ricavi lordi o dell'attivo patrimoniale. Prima della riforma la Suprema Corte di Cassazione aveva chiarito che "in tema di presupposti dimensionali per l'es-

nero dalla fallibilità del debitore, nel computo dei ricavi, ai fini del riconoscimento della qualifica di piccolo imprenditore, il triennio cui si richiama il legislatore nell'art. 1, comma 2, lett. b) l. fall. (nel testo modificato dal d.lgs. 5/2006, applicabile "ratione temporis") va riferito agli ultimi tre esercizi... e non agli anni solari"^[2].

La vicenda approdata ed esaminata dalla I Sezione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 12963/2018 trae origine dalla dichiarazione di fallimento di una società in liquidazione per superamento dei limiti dimensionali - con particolare riferimento all'attivo - nonostante la delibera di anticipazione della chiusura dell'esercizio adottata dai soci.

La Corte d'Appello di Torino, in riforma della decisione assunta in *prime cure*, revocava il fallimento valorizzando il dato letterale dell'art. 1 l.f.

Giunti così in Cassazione la Suprema Corte affermava il seguente principio: "il disposto della l. fall. art. 1, comma 2, lett. a e b), predetermina soglie calibrate su una prospet-

[1] In questi termini Corte d'Appello di Catania 29 gennaio 2019 n. 204 che utilizza l'espressione "nel triennio precedente". Così anche Corte d'Appello di Palermo III Sez. Civ. 14 gennaio 2016 n. 20 per la quale "l'art. 1 della legge fallimentare individua espressamente il momento dal quale far decorrere a ritroso i tre anni di esercizio".

[2] Così Cass. I Sez. Civ., 3 dicembre 2010 n. 24630 in Diritto e giustizia online, 2011. Tra i giudici di merito si segnala Tribunale di Roma 12 dicembre 2006 n. 3630 con nota di S. Scarafoni, *Il riferimento temporale per l'individuazione del requisito soggettivo dell'imprenditore soggetto a fallimento*, in Giur. Merito, 2007, pp. 1355 e ss..

va temporale annua che non possono essere vanificate da una scelta di abbreviazione dall'esercizio compiuta dall'imprenditore: i tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento da apprezzare ai fini della verifica dei presupposti della fallibilità devono pertanto intendersi come esercizi aventi ciascuno durata annuale, a meno che non sia trascorso un lasso di tempo inferiore dall'inizio dell'impresa"[3] sottolineando tuttavia che: "la compagine sociale rimane libera di modificare l'epoca di chiusura del proprio esercizio incidendo sulla durata complessiva dello stesso, ma tale deliberazione, se adottata nell'imminenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento, non rileva ai fini dell'apprezzamento del superamento delle soglie di fallibilità".

Evidente la suggestione sottostante, determinata dall'esigenza di contrastare le condotte strategiche nell'imminenza del giudizio pre fallimentare; esigenza che tuttavia non può tradursi nella disinvolta equiparazione dei termini "esercizio" ed "anno", quantomeno nell'ambito dell'art. 1 della legge fallimentare, né nell'ampliamento del periodo di "valutazione" per l'accertamento della sussistenza dei requisiti di non fallibilità dell'imprenditore minore.

II. L'Annualità quale termine di parametrizzazione delle soglie

L'art. 2423 c.c. onera gli amministratori della redazione del "bilancio di esercizio" in cui venga data evidenza in modo chiaro, corretto e veritiero del "risultato d'esercizio" ad esito, generalmente, di un anno solare.

Non vi è alcuna norma di legge che imponga la chiusura dell'esercizio sociale al 31 dicembre, salvo inviti per alcuni limitati settori sottoposti a vigilanza pubblica[4], e non è inusuale che lo statuto preveda una chiusura "infra - annuale" dell'esercizio sociale (solitamente al 30 giugno) o quan-

do l'attività presenti il carattere della stagionalità (impianti sciistici, stabilimenti balneari, ecc.).

Ben può accadere poi che nel corso della vita di una società si modifichi lo statuto sociale in punto "durata e chiusura" dell'esercizio. È evidente che tale modifica non rimarrà "confinata" nella sfera endo - societaria ma assumerà rilievo anche all'esterno e, per quanto di interesse, ai fini fallimentari, con la conseguenza che i "tre esercizi" non coincideranno affatto con i tre anni solari.

Ed ancora: si pensi all'apertura della fase di liquidazione[5], con iscrizione della causa di scioglimento nel registro delle imprese, la redazione dell'inventario di chiusura dell'attività "ordinaria" della società e la redazione dell'inventario di apertura della fase di liquidazione: il deposito del bilancio finale di liquidazione potrebbe avvenire anche in corso d'anno, cristallizzando il documento che ne scaturisce sia la chiusura della fase di liquidazione che la "frazione" temporale (anche inferiore all'anno solare) della situazione economico, patrimoniale e finanziaria dell'impresa.

Considerare esercizi di durata inferiore all'anno solo nel caso in cui "sia trascorso un lasso di tempo inferiore dall'inizio dell'attività" e quindi ignorare, per esempio, il bilancio finale di liquidazione eventualmente non coincidente con l'anno solare, vuol dire ampliare il periodo di "osservazione" da "tre esercizi" a quattro, contro la chiara lettera della legge.

D'altro canto l'art. 1 della legge fallimentare va letto in relazione all'art. 14, che prevede la produzione dei documenti contabili e fiscali degli ultimi tre esercizi[6] e non già degli ultimi tre anni.

Dal momento che la scelta operata con la riforma dell'art. 1 l.f. è tesa al contenimento dell'alveo della discrezionalità soggettiva con l'individuazione di un dato "numerico"[7];

[3] Cass. I. Sez. Civ. 24 maggio 2018 n. 12963. Bruno, *I requisiti di fallibilità non si considerano annualmente*, in Diritto e Giustizia, Fasc. 92, 2018, p. 36: "la ratio, della norma, è quella di descrivere la figura dell'imprenditore fallibile, individuandolo in ragione di una descrizione temporale e dimensionale (triennale)".

[4] Si veda articolo 16 comma 1 del Decreto Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato del 16 gennaio 1995: "al fine di consentire uniformità di rilevazioni si invitano le società a voler fare coincidere la chiusura dell'esercizio annuale con la data del 31 dicembre".

[5] Che rimane, come correttamente evidenziato, un problema "resta, forse, insoluto il caso dell'impresa con riguardo alla quale il problema dell'insolvenza si pone dopo un periodo di liquidazione anche protratto e quindi con ricavi via via naturalmente decrescenti" in G. Schiano di Pepe, *Il diritto fallimentare riformato*, Cedam, Padova, 2007, p. 6.

[6] Autorevole dottrina ha avuto modo di specificare che si deve trattare di "esercizi chiusi", così Colombo, *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, in Fall. 2008, 625.

[7] Anche se ciò, di per sé, non risolve compiutamente l'ambito dell'incertezza, senza pretesa di esaustività ed in via meramente esemplificativa: con riferimento all'attivo patrimoniale che parrebbe evocare tutte le immobilizzazioni (materiali, immateriali e finanziarie) e l'attivo circolante comprensivo dei ratei e risconti, questi ultimi, per certa giurisprudenza, non rientrerebbero nel novero dell'attivo, così Corte d'Appello di Brescia, 21 febbraio 2007, in Giur. It. 2007, 2224; ovvero ancora in ordine alla necessità di accertare in concreto l'ammontare dei crediti e dei debiti dell'imprenditore verso un dato soggetto stante il divieto di cui all'art. 2423 ter c.c. di operare compensazioni, e quindi con disapplicazione della risultanza di bilancio, così Tribunale di Udine 13 gennaio 2012 in Ilcaso.it, 7243, 30 maggio 2012. Sempre in tema di attivo: sono da escludersi i crediti verso soci per decimi ancora da richiamare. Ed ancora con riferimento ai ricavi lordi rileverebbero le voci A1 e

considerato poi che lo stesso deve ragguagliarsi all'anno, pare preferibile, in presenza di esercizi chiusi dopo un lasso temporale inferiore all'anno solare, ragguagliare le soglie di cui all'art. 1 l.f. al minor periodo di durata dell'esercizio sociale, così come suggerito da attenta dottrina e condiviso^[8] dalla giurisprudenza di merito^[9].

III. L'Abuso quale limite all'autonomia dei soci nella modifica del termine dell'esercizio sociale

Diverso è il caso di ricorso, a ridosso o per timore di un'istanza di fallimento (questo il caso trattato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento), alla modifica statutaria in punto durata temporale dell'esercizio al solo scopo di "dilatane" artificiosamente il numero per acquisire dati di bilancio "sotto soglia", per quanto tali documenti in sé non siano prova legale vincolante per il giudicante^[10].

Altrettanto pacifico che l'atto, in sé legittimo, di modificazione dello statuto sociale viene "sviato" dalla sua naturale finalità per alterare il periodo rilevante ai sensi dell'art. 1 l.f. e sottrarre così l'impresa al fallimento.

Una condotta siffatta mal si concilia con il dovere di correttezza e buona fede che dovrebbe informare l'agire dei soci e si traduce in un chiaro abuso di un diritto in pregiudizio ai creditori della società, magari già manifestamente motivati ad agire *in esecutivis*.

Limitare la rilevanza esterna di tali condotte trova la sua prima giustificazione nell'assenza di utilità concreta della delibera adottata.

L'irrelevanza esterna del singolo caso non pare tuttavia sufficiente in sé a fondare un ampliamento generalizzato e quindi acritico del periodo contemplato dall'art. 1 della legge fallimentare.

A5 dello schema di conto economico, in questi termini Cass. I Sez. Civ. 27 dicembre 2013 n. 28667 e quindi si ritiene che siano da escludere i proventi finanziari o straordinari, inidonei ad offrire la reale dimensione dell'azienda.

[8] Sandulli, *Il presupposto soggettivo*, in Jorio - Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, I Introduzione Generale. Il Fallimento, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 131 e ss.: "restano taluni dubbi interpretativi. Anzitutto, anche qui torna il problema di introdurre un correttivo, per l'ipotesi in cui nel compiuto rientri un esercizio non annuale: sarà necessario anche in questo caso parametrare il dato al minor periodo considerato"; negli stessi termini anche Bersani - Caltabiano, *I presupposti di fallibilità alla luce delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali*, ilcaso.it, 26 agosto 2017.

[9] Così Tribunale di Pordenone 4 novembre 2010, in ilcaso.it, n. 2508 pubblicato il 15 novembre 2010. In quella vicenda il Tribunale di Pordenone affermò il superamento della soglia ragguagliando i ricavi (euro 185.297.00) alla durata dell'esercizio (mesi 11) e determinando la soglia in undici dodicesimi di euro 200.000,00.

[10] Così Cass. VI Sez. Civ., Ordinanza 7 settembre - 20 settembre 2011 n. 20918 che ha qualificato il bilancio quale "prova imprescindibile, ma non prova legale"; dal momento che il giudice può, con adeguata motivazione, ritenerli inattendibili; in questi termini si veda anche Cass. I Sez. Civ. 1 dicembre 2016. n. 24548; e anche con riferimento "ai tempi di approvazione e di deposito di quei bilanci, alla vicinanza o lontananza dell'adempimento rispetto alle tempistiche della procedura fallimentare" si veda Corte di Cassazione I Sez. Civ., 31 maggio 2017 n. 13746, in Guida al Diritto, 2017, 27,48.

PROCESSO E PRIVACY

Appunti sulla riservatezza degli atti e dei documenti nel processo

di Roberto Bonatti

DEL 29 MARZO 2019

Sommario

1. Delimitazione del problema
2. Un primo rimedio: l'inutilizzabilità della prova ottenuta in violazione di un dovere di riservatezza. Richiamo alla teoria delle prove illecite
3. Nuove tendenze

1. Delimitazione del problema

Le nuove tecnologie applicate al processo così come la crescente attenzione generale sul tema della riservatezza rendono sempre più chiara l'esigenza di un impianto normativo che consenta di offrire alle parti litiganti un insieme di strumenti a protezione delle informazioni che le stesse intendono utilizzare nel processo. Per le parti sempre più spesso l'insorgere di una controversia non è soltanto fonte di preoccupazioni sull'esito della lite e sui tempi ed i costi necessari per affrontarla ma anche per le conseguenze connesse con la possibile diffusione della notizia stessa dell'esistenza di una controversia. La notizia del conflitto giudiziale può essere facilmente ottenuta e propagarsi rapidamente mediante l'uso di motori di ricerca, siti internet ed anche *socialmedia*. Cosicché, anche per il processo civile, diviene essenziale affrontare la questione della protezione dei diritti dei singoli non soltanto rispetto al fine del processo, ossia il diritto oggetto della controversia, ma anche in relazione al mezzo impiegato, cioè rispetto al processo stesso.

Il tema della riservatezza nel processo civile è stato storicamente e fino a tempi relativamente recenti affrontato in modo sbrigativo e limitato: il processo giurisdizionale, si diceva, si svolge davanti ad organi dello Stato; perciò, esso è una attività riconducibile all'esercizio dei poteri pubblici e, in ultima analisi, appartiene alla sfera pubblica dello Stato. Con-

seguentemente, la riservatezza delle parti è stata considerata una esigenza recessiva rispetto alla pubblicità: tutti hanno diritto di sapere come lavorano i giudici, di verificare la correttezza delle motivazioni delle sentenze, di conoscere i contorni della specifica controversia per comprendere in base a quali elementi di fatto è stato applicato un principio di diritto. Così le parti che avessero cura alla riservatezza del loro contenzioso erano portate a preferire strumenti alternativi alla giurisdizione e principalmente l'arbitrato. La libertà che offre la procedura arbitrale, rispetto a quella giurisdizionale, è evidente anche per ciò che concerne la riservatezza perché alla clausola arbitrale spesso si accompagnano patteggiamenti accessori o aggiunti che le parti sottoscrivono in ordine alla non divulgazione degli elementi che emergono durante il procedimento.

Analogamente, la tutela della riservatezza è uno degli aspetti peculiari del procedimento di mediazione: si pensi, in questo senso, agli obblighi di riservatezza del mediatore; alla previsione della possibilità di condurre sessioni separate con il divieto per il mediatore di riferire all'altra parte il contenuto di tali sessioni; alle regole di stesura del verbale di mancata conciliazione, nel quale solo in casi eccezionali devono essere inseriti i termini della proposta conciliativa non accettata da una o entrambe le parti [1].

I rapporti tra trattamento delle informazioni riservate e attivi-

[1] Non si può tacere del fatto che proprio sotto quest'ultimo aspetto il procedimento di mediazione ha mostrato alcuni limiti, specialmente quando la conciliazione è delegata dal giudice e, in qualche modo, ad esso il mediatore deve sommariamente riferire di quanto accaduto durante le trattative e delle ragioni del loro fallimento, anche solo al fine di ripartire le spese di lite, in tutto o in parte, utilizzando la regola della causalità e non il principio generale della soccombenza. In questo caso lo stretto rapporto tra mediazione e processo giurisdizionale fa riemergere quelle preminenti esigenze di pubblicità che abbiamo detto essere proprie dell'atti-

tà processuale sono vari e complessi e certamente non possono essere esauriti in poche righe. Basti ricordare che, in dottrina e specialmente quella di stampo tedesco [2], si distinguono due profili di riservatezza nel processo: un primo profilo riguarda quella verso l'esterno del processo, e si occupa di quell'insieme di norme che tendono a proteggere le informazioni che le parti si scambiano durante il processo dalla loro diffusione verso la collettività (*unmittelbare Öffentlichkeit*); il secondo profilo riguarda invece la riservatezza come esigenza interna al processo, vale a dire di tutela di una parte nei confronti dell'altra (*Parteiöffentlichkeit*).

In questo scritto l'indagine si concentra esclusivamente su questo secondo tipo e mira alla ricerca di strumenti che consentano ad una delle parti di sottrarre all'altra parte talune informazioni contenute negli atti processuali e, soprattutto, nei documenti depositati come prove in giudizio.

2. Un primo rimedio: l'inutilizzabilità della prova ottenuta in violazione di un dovere di riservatezza. Richiamo alla teoria delle prove illecite

L'approccio storico al tema della riservatezza nell'istruzione probatoria processuale ha affrontato un aspetto molto circoscritto: la casistica offriva infatti principalmente situazioni nelle quali una parte intendeva utilizzare nel processo una prova, normalmente documentale, ottenuta però in violazione di norme sulla riservatezza. Si pensi, ad esempio, alla produzione in giudizio di corrispondenza riservata, che una parte abbia illecitamente ottenuto intercettando la comunicazione (scritta, informatica o orale) destinata esclusivamente all'altra parte. Oppure al caso di un datore di lavoro che intenda utilizzare in un giudizio contro il lavoratore il contenu-

to di registrazioni effettuate sul luogo di lavoro in violazione dell'art. 4 st. lav.[3].

Si tratta di situazioni che apparentemente si possono verificare facilmente. Tuttavia, per il diritto processuale esse hanno generato più di un problema alla dottrina che ha tentato un inquadramento dal punto di vista delle regole processuali. Infatti, il punto è che mentre pare semplice individuare la norma sostanziale che in questi casi risulta violata molto meno lo è comprendere quale norma processuale applicare alla prova che venga acquisita al processo in conseguenza di tale violazione.

Senza poter in questa sede ripercorrere tutte le tappe dell'elaborazione dottrinale in questo contesto [4], queste situazioni sono state inquadrate tra le c.d. prove illecite, che, per la dottrina ritiene talvolta inammissibili [5], talaltra inutilizzabili [6]. Ad ogni modo, a prescindere dalla terminologia, anche in giurisprudenza si finisce per escludere che la prova illecitamente acquisita possa essere posta dal giudice a fondamento della decisione [7]. Ciò sia sulla scorta di argomentazioni di giustizia sostanziale sia anche ritenendo non consentito che l'ordinamento riconosca un vantaggio (processuale, in chiave probatoria) ad un soggetto che appaia il frutto della violazione di una norma (sostanziale, di protezione della riservatezza).

Si tratta però di un approccio ancora molto parziale al problema e privo di una impostazione sistematica sul tema complessivo della tutela della riservatezza. Ciò che in particolare risulta ancora del tutto non disciplinato è il modo in cui garantire la riservatezza di informazioni confidenziali rispetto ad un uso lecito nel processo, ciò che si verifica anche e soprattutto quando la produzione del documento in giudizio

vià del giudice, con la conseguenza che gli spazi che la riservatezza si era ritagliata nella struttura normativa della conciliazione vengono compressi, ridotti o finanche annullati.

[2] Wagner, *Datenschutz im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1995, p. 193 ss. Per approfondimenti, v. Resta, *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, in *Dir. informazione e informatica*, 2005, p. 681 ss., spec. p. 686; Frassinetti, *Pubblicità dei giudici e tutela della riservatezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 665 ss.

[3] Su cui, dopo la riforma di tale norma, v. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'impatto della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 547 ss.; Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 512 ss.; v. anche, più in generale, sugli aspetti sostanziali Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 988 ss.

[4] Per limitarsi ai profili di diritto processuale civile, si rimanda a Carnelutti, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, p. 63 ss. e a Vigoriti, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di prova illecita*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 322 ss.; più di recente, Comoglio *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 173; G.F. Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 34 e G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999; Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 693 ss.; Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017.

[5] Per un excursus, v. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 186 ss.

[6] Graziosi, *Usi e abusi*, cit. p. 693 ss.; Ferrari, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 348 ss.; Piovano, *Sull'utilizzabilità dei documenti illecitamente ottenuti*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2480 ss.

[7] Cass. civ., 8 novembre 2016, n. 22677; Cass. civ., 29 maggio 2013, n. 13319 in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 3 ss.; Cass. civ., 28 aprile 2015, n. 8605, in *Giur. it.*, 2015, p. 1610, con nota di Turchi, *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani* e di Besso, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*.

avviene ad opera della stessa parte che invoca il diritto alla riservatezza.

Interessante appare invece la soluzione contraria offerta da Trib. Milano, sez. imprese, 27 luglio 2016 n. 9431, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, che ha ammesso la produzione di e-mail illegittimamente carpite affermando che, poiché manca nel processo civile una norma che vieta l'uso di prove illecite a differenza di quanto accade nel processo penale, occorre separare la questione processuale della produzione del documento che è connessa con l'esercizio del diritto di azione e di difesa costituzionalmente garantiti (e dunque sempre consentita), dalla questione sostanziale relativa alle modalità di acquisizione della documentazione, che andrà risolta secondo il diritto civile o il diritto penale, a seconda della tipologia di illecito, ma comunque in altro e separato giudizio.

3. Nuove tendenze

Proprio questi ultimi profili sono però oggi oggetto di alcune nuove tendenze normative, che dimostrano una maggiore sensibilità al tema della riservatezza nel processo.

Probabilmente anche in questo contesto ha aiutato la spinta propulsiva del diritto eurounitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Esempio di ciò è in primo luogo la presenza nei regolamenti di procedura dell'istituzione giudiziaria dell'Unione, di diverse disposizioni relative al trattamento delle informazioni riservate nel processo [8]. Inoltre, già da tempo la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di affrontare il tema del trattamento riservato delle informazioni tra la parte ed il suo difensore, ad esempio affermando che la riservatezza non copre soltanto la comunicazione finale tra avvocato e cliente ma anche la parte preparatoria di tale comunicazione, come può accadere nello scambio di informazioni tra i due avvocati che compongono il collegio difensivo della stessa parte [9] oppure di-

stinguendo i profili di riservatezza che vengono in rilievo a seconda che il legale di un'azienda sia interno alla sua organizzazione ovvero sia scelto nel libero foro [10].

Nel nostro ordinamento accade con sempre maggiore frequenza che il legislatore inserisca disposizioni specificamente mirate alla tutela della riservatezza all'interno di interventi normativi di ampio respiro.

In questo senso mi pare non trascurabile l'art. 136, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010 recante codice del processo amministrativo, nella parte in cui prevede disposizioni specifiche, anche in deroga all'informatizzazione dei depositi di atti e di documenti nel processo, in situazioni eccezionali tra cui, espressamente, l'esistenza di particolari ragioni di riservatezza legate alla posizione delle parti o alla natura della controversia. In questi casi il processo si adatta e si modifica proprio per tutelare la riservatezza dei contendenti, attribuendo al presidente del T.A.R. o del Consiglio di Stato il potere di determinare le modalità concrete affinché il deposito degli atti e dei documenti avvenga nel rispetto della riservatezza evidenziata dalla parte istante.

Ancor più recente è l'art. 3 del d.lgs. n. 3/17 in tema di azioni risarcitorie conseguenti ad illeciti concorrenziali. Si tratta di norma che colpisce anzitutto per l'ampia definizione di informazione riservata, che rende molto utile e facilmente utilizzabile questo strumento: si tratta, in generale, di tutti i documenti che contengano informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone e imprese, ovvero segreti commerciali o connessi al *know how*. Così, se il giudice dispone l'esibizione di dati o di documenti che contengono una di queste informazioni, egli ha la possibilità di indicare modalità del tutto peculiari con cui ciò possa avvenire tra cui, ad esempio, la possibilità di oscurare alcune parti dei documenti; di incaricare degli esperti, terzi ed imparziali, di elaborare i dati sen-

[8] L'intera sezione 3 del reg. proc. del Trib. UE (artt. 103 e 104) è proprio dedicata al trattamento di informazioni, atti e documenti riservati prodotti nell'ambito dei mezzi istruttori.

[9] Trib. UE, 19 settembre 2007, in cause riunite T-125/2003 e T-253/2003 (*Akzo Nobel*); Trib. UE, 4 aprile 1990, in causa T-30/89 (*Hilti*).

[10] Corte giust. UE, grande sezione, 14 settembre 2010, in causa C-550/07P (*Akzo Nobel*), in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 243 con nota di Capecci, *La tutela della riservatezza delle comunicazioni tra un'impresa e il suo legale interno*, nella quale la Corte precisa che «quando un'impresa si rivolge al suo avvocato interno, essa tratta non con un terzo indipendente, ma con una persona che fa parte dei suoi dipendenti nonostante gli eventuali doveri professionali derivanti dall'iscrizione all'ordine forense. Occorre aggiungere che, anche supponendo che la consultazione di avvocati interni, dipendenti dell'impresa o del gruppo, debba rientrare nel diritto di farsi consigliare, difendere e rappresentare, questo non esclude l'applicazione, in caso di intervento di avvocati interni, di determinate restrizioni e modalità relative all'esercizio della professione, senza che ciò debba considerarsi un pregiudizio ai diritti della difesa. Così, non sempre i giuristi d'impresa possono rappresentare il loro datore di lavoro dinanzi a tutti i giudici nazionali, mentre simili norme restringono le possibilità a disposizione dei potenziali clienti nella scelta del consulente legale più adeguato. Da tali considerazioni deriva che ogni soggetto che intende avvalersi della consulenza di un avvocato deve accettare siffatte restrizioni e condizioni associate all'esercizio di tale professione. In dette restrizioni e condizioni rientrano le modalità della tutela della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti». L'orientamento della Corte è però più risalente, e si ritrova anche nella sentenza 18 maggio 1982 in causa 155/79 (*AM&S*), in *Riv. dir. int.*, 1983, p. 893 ss.

sibili in modo da poterli presentare solo in forma aggregata o altra forma idonea ad evitare la divulgazione dell'informazione riservata; di circoscrivere il numero delle persone che possano avere accesso al documento esibito; di disporre che l'udienza avvenga non pubbliche per l'illustrazione di tali informazioni.

Sebbene questi interventi normativi siano ancora settoriali e dunque confinati in particolari tipi di controversie, sembra potersi intravedere un embrione di tutela generale della riservatezza delle parti idoneo ad essere applicato ad una

serie di controversie potenzialmente indefinita. Importante è in questo senso l'individuazione, da parte del legislatore, di specifiche azioni possibili che, sebbene non siano tassative e dunque non esauriscano il novero delle opzioni per il giudice, tuttavia indicano ormai ben marcata la strada affinché il processo non sia più visto soltanto come il luogo in cui pubblicamente le parti si confrontano su propri diritti, ma anche quello nel quale è possibile modulare l'intensità della voce con cui si dibatte, a seconda che le informazioni che vengono scambiate siano più o meno sensibili.

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

Roberto Alemanno

È Cultore della materia in Diritto Processuale Civile e Diritto Fallimentare e Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche (Diritto Processuale Civile) nell'Università degli Studi di Milano Bicocca. È autore di varie pubblicazioni scientifiche concernenti in materia processuale e fallimentare. Collabora con lo Studio Legale Notaro e Associati, ove si occupa prevalentemente del settore civile (contenzioso) e fallimentare.

Alessio Antonelli

È Senior Associate dello Studio Legale Lipani Catricalà & Partners, con sedi a Roma e Milano. Si occupa di diritto civile, commerciale, societario, tributario, amministrativo e del lavoro.

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

Ezio Maria Barbieri

Presidente emerito del TAR per la Lombardia

Roberto Bonatti

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

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.

Alessia D'Addazio

Svolge il Dottorato di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso l'Università La Sapienza di Roma. È autrice di articoli e contributi pubblicati in varie riviste scientifiche in materia di diritto processuale civile. Alessia collabora con uno Studio legale romano nei settori del contenzioso in materia civile e commerciale e della crisi di impresa.

Francesca Ferrari

Professore associato di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi dell'Insubria.

È stata visiting professor alla Harvard Law School ed all'Università di Maastricht.

È membro del Comitato di redazione della Rivista di diritto processuale e della rivista AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo nonché della rivista on-line Aula Civile. Francesca è regolarmente invitata come relatore a convegni e conferenze in materia di diritto processuale civile e di diritto della proprietà intellettuale.

È autrice di due monografie, uno studio di diritto comparato in materia di istruzione probatoria e un volume dedicato al sequestro industriale, e di un numero considerevole di pubblicazioni minori sia in lingua italiana che in lingua inglese.

Ha cominciato l'attività professionale nel 1997 e, nel corso della stessa, ha collaborato, anche quale partner, nell'IP department di due studi di rilievo di Milano. Attualmente è socio dello studio Eptalex.

Beatrice Ficarelli

Professore Associato in Diritto processuale civile presso il Dipartimento Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena.

Membro dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile e del comitato scientifico e di redazione di riviste specializzate in Diritto processuale civile, oltre all'attività didattica svolta quale Professore Associato, ha tenuto e tiene lezioni e corsi in Diritto processuale civile presso varie Scuole di specializzazione per le professioni legali (Master II° livello), nonché organizzato Corsi di Alta Formazione post-universitaria.

Specializzata in diritto processuale civile comparato, tra i suoi lavori principali si annoverano le due monografie "Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale", Napoli, 2011 e "Esibizione di documenti e discovery", Torino, 2004.

Lucilla Galanti

Avvocato dal 2015, dottore di ricerca in *Istituzioni e mercati, diritti e tutele* (Università di Bologna) dal 2017. È attualmente assegnista di ricerca presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Cinzia Gamba

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

Gianni Ghinelli

Svolge oggi la pratica forense negli studi Schultze & Braun (Bologna) e Ghinelli (Rimini). Collabora con la Cattedra di Diritto Processuale Civile del Prof. Michele Angelo Lupoi (Università di Bologna).

Ermelinda Hepaj

Laureata in giurisprudenza presso l'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, nel 2018, discutendo una tesi dal titolo "L'arbitrato nel trust", la dott.ssa Ermelinda Hepaj è stata assegnataria, dal giugno 2018 al dicembre 2018, del tirocinio formativo indetto presso la sede di Bologna dell'Arbitro Bancario Finanziario, sviluppando spiccate competenze nel settore della risoluzione stragiudiziale delle controversie nonché per i temi del diritto bancario. La dott.ssa Hepaj ha frequentato, dal gennaio 2019 al giugno 2019, la XIX edizione del Master, tenutosi a Milano, "Il diritto dei

trust nei Paesi d'origine e in Italia", arricchendo il proprio bagaglio giuridico sul diritto dei trust ed il sistema di common law.

È attualmente assegnataria di borsa di ricerca annuale indetta dalla "Associazione il trust in Italia" in collaborazione con il Consorzio Uniforma e l'Università di Genova.

Svolge altresì la pratica forense in Bologna.

Michele Angelo Lupoi

È professore associato di diritto processuale civile presso l'Università di Bologna e avvocato civilista del foro di Bologna. Vanta molte pubblicazioni in materia di diritto processuale di famiglia, contenzioso transfrontaliero, procedimenti sommari.

Maria Rosaria Manselli

Avvocato civilista del foro di Napoli, svolge la sua attività nei settori del contenzioso civile con particolare riferimento alla materia successoria, condominiale e dei diritti reali, diritto bancario con approfondimento specifico delle tematiche afferenti il processo esecutivo.

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.

Giorgio Mazzone

Avvocato, abilitato al patrocinio innanzi alle Magistrature superiori. Partner dello Studio Legale "Lipani Catricalà & Partners" si occupa di diritto civile, societario e d'impresa in ambito giudiziale e stragiudiziale.

Caterina Pasini

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

Mattia Polizzi

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

Caterina Silvestri

È professore associato alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze, settore scientifico-disciplinare Diritto processuale civile, dove insegna Sistemi processuali e tutela dei diritti, Teoria generale del processo e Diritto processuale civile europeo. È avvocato civilista dal 1993.

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.