ISSN 2612-8047

Le Pagine de L'Aula Civile

3 2020

marzo

IN QUESTO NUMERO:

INTERESSI MORATORI E DISCIPLINA ANTIUSURA
MISURE DI ORGANIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO
EFFICACIA ESECUTIVA DELL'ORDINANZA DI ASSEGNAZIONE DEL CREDITO
CASELLA P.E.C. PIENA E PERFEZIONAMENTO DELLA NOTIFICA TELEMATICA
DIVULGAZIONE DELLE PROVE NELLA NORMATIVA ANTITRUST
OSSERVAZIONI SUL CONCORSO DI OPPOSIZIONI ESECUTIVE

MAGGIOLI EDITORE

Le Pagine de

L'Aula Civile

3 2020

marzo

IN QUESTO NUMERO:

INTERESSI MORATORI E DISCIPLINA ANTIUSURA

MISURE DI ORGANIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO

EFFICACIA ESECUTIVA DELL'ORDINANZA DI ASSEGNAZIONE DEL CREDITO

CASELLA P.E.C. PIENA E PERFEZIONAMENTO DELLA NOTIFICA TELEMATICA

DIVULGAZIONE DELLE PROVE NELLA NORMATIVA ANTITRUST

OSSERVAZIONI SUL CONCORSO DI OPPOSIZIONI ESECUTIVE

MAGGIOLI EDITORE

L'Aula Civile

Comitato Scientifico

DIREZIONE:
Prof. Lupoi Michele Angelo

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

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

ISSN 2612-8047

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

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

Sommario

2 2020

NULLITÀ DEL TITOLO E POSSESSO UTILE ALL'USUCAPIONE

5 **Nullità del titolo e possesso utile all'usucapione**
di Giorgio Mazzone

INTERESSI MORATORI E DISCIPLINA ANTIUSURA

10 **Interessi moratori e disciplina antiusura - Questione rimessa al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite**
di Alessio Antonelli

PROCESSO AMMINISTRATIVO E APPELLO DEI DECRETI CAUTELARI MONOCRATICI

15 **L'appello contro decreti cautelari monocratici nel processo amministrativo**
di Ezio Maria Barbieri

CONSEGUENZE DELL'OMESSA ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

21 **Tra inefficacia ed irregolarità. Sull'omessa attestazione di conformità ex art. 557 co. 3 c.p.c.**
di Emanuele Caimi

LE MISURE DI ORGANIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO

25 **Le misure di organizzazione del procedimento**
di Roberto Bonatti

IL PROCEDIMENTO DELLA CRISI MATRIMONIALE/ GENITORIALE

29 **Il procedimento della crisi matrimoniale/ genitoriale: prospettive de jure condendo**
Di Michele Angelo Lupoi

EFFICACIA ESECUTIVA DELL'ORDINANZA DI ASSEGNAZIONE DEL CREDITO

36 **Sull'esecutività dell'ordinanza di assegnazione del credito nell'espropriazione presso terzi la giurisprudenza interviene a tutela del debitor debitoris**
di Concetta Marino

EROGAZIONE ABUSIVA DEL CREDITO BANCARIO E CONSEGUENZE NELL'INSINUAZIONE AL PASSIVO

44 **Esclusione del credito bancario dall'insinuazione al passivo fallimentare per abusiva erogazione del credito**
di Stefano Barbiani

CASELLA P.E.C. PIENA E PERFEZIONAMENTO DELLA NOTIFICA TELEMATICA

52 **Casella p.e.c. piena e perfezionamento della notifica telematica**
di Mirco Minardi.

INOPPONIBILITÀ DELLA LOCAZIONE STIPULATA IN ASSENZA DI AUTORIZZAZIONE DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

55 **L'inopponibilità della locazione stipulata in assenza di autorizzazione del giudice dell'esecuzione: conseguenze e limiti**
Di Viola Depau

LA DIVULGAZIONE DELLE PROVE NELLA NORMATIVA ANTITRUST

60 **La divulgazione delle prove nella normativa antitrust nell'art. 5 della Direttiva Ue n. 104 del 2014**
di Caterina Silvestri

MEDIAZIONE E DIVIETO DEL CURATORE-AVVOCATO DI DIFENDERSI DA SÉ

64 **Il divieto del curatore-avvocato di difendersi da sé e il procedimento di mediazione**
di Massimiliano Bina

L'IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI ESTINZIONE ATIPICA DEL PROCESSO ESECUTIVO

68 **L'impugnazione del provvedimento di estinzione atipica del processo esecutivo**
di Beatrice Irene Tonelli

OSSERVAZIONI SUL CONCORSO DI OPPOSIZIONI ESECUTIVE

72 **Osservazioni sul concorso di opposizioni esecutive**
di Elisabetta Silvestri

NULLITÀ DEL TITOLO E POSSESSO UTILE ALL'USUCAPIONE

Nullità del titolo e possesso utile all'usucapione
(Nota a Cass. Civ., Sez. II, 27 agosto 2019, n. 21726)

di Giorgio Mazzone

DEL 2 MARZO 2020

Sommario

1. I fatti di causa
2. Usucapione e possesso utile ad usucapionem. La detenzione e l'interversione del possesso
3. La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, 27 agosto 2019, n. 21726

1. I fatti di causa

Una società ha adito il Tribunale Ordinario per ottenere la condanna al rilascio di un appartamento sito in una palazzina dalla medesima edificata e che - a detta dell'attrice - sarebbe stato occupato *sine titulo* dai coniugi convenuti.

Questi ultimi si sono costituiti in giudizio e hanno eccepito di aver acquistato l'unità immobiliare dalla società con il versamento del prezzo pattuito per la compravendita e di aver conseguito la disponibilità dell'appartamento con la consegna delle chiavi da parte della medesima società. In via riconvenzionale hanno invocato l'accertamento dell'intervenuto acquisto per usucapione del bene in loro favore.

Il Tribunale ha respinto la domanda principale e, in accoglimento di quella riconvenzionale, ha dichiarato l'intervenuto acquisto della proprietà dell'appartamento in favore dei convenuti a titolo di usucapione.

La società ha interposto appello innanzi alla Corte di Appello che ha confermato la decisione del primo giudice osservando, *inter alia*, che il rapporto dei coniugi con l'immobile, risalente ad oltre trenta anni prima, quando essi vi avevano trasferito la residenza attivando a loro nome le utenze a servizio del bene, faceva desumere che i coniugi avessero esercitato sull'immobile una signoria di fatto tale da configurare l'*animus possidendi* e, dunque, un possesso utile ai fini dell'usucapione.

La società ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza della Corte di Appello affidato a quattro motivi con cui, in particolare, ha censurato la natura del rapporto tra i coniugi ed il bene come ricostruita nella decisione impugnata, dal momento che l'immissione degli stessi nella disponibilità dell'immobile in base all'intervenuto pagamento del prezzo di acquisto dell'appartamento pattuito verbalmente tra le parti, integra una fattispecie di detenzione e non di possesso, dunque, una relazione di fatto con il bene inidonea a consentire il maturare dell'usucapione.

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso; vediamo in quali termini.

2. Usucapione e possesso utile ad usucapionem. La detenzione e l'interversione del possesso

L'art. 1158 c.c. rubricato «*Usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari*", dispone che "*La proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni*".

La norma disciplina in via generale l'istituto dell'usucapione prevedendo che la proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni.

L'usucapione è, dunque, un modo di acquisto a titolo originario del diritto di proprietà[1] e degli altri diritti reali che si verifica per effetto del possesso continuo e ininterrotto per i periodi di tempo stabili dalla legge.

La dottrina individua tradizionalmente la *ratio* dell'istituto

[1] Masi, *L'acquisto del diritto mediante il possesso*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 8, III, Torino, 1982; Montel, Sertorio, *Usucapione,* in *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Torino, 1975; Ruperto, *Usucapione (diritto vigente)*,in Enciclopedia del diritto, XLV, Milano, 1992.

nella certezza del diritto ed in particolare, delle situazioni dominicali: in altri termini, nel consentire a colui che, a fronte dell'inerzia del titolare, ne gestisce economicamente i beni, di acquisire la loro proprietà, il legislatore ha voluto convertire una situazione di mero fatto consolidatasi nel tempo in una situazione giuridica piena e definitiva, che sia in quanto tale, certa stabile e, pertanto, opponibile *erga omnes*[2].
Il possesso[3] utile ai fini dell'usucapione deve essere continuo, ininterrotto, pacifico, pubblico, e non equivoco.
La continuità del possesso postula la corrispondenza del potere di fatto esercitato, al diritto reale posseduto e la sua conseguente manifestazione attraverso atti di possesso conformi alla qualità, alla destinazione della *res* e tali da rivelare, anche esternamente, una indiscussa e piena signoria di fatto sulla cosa stessa contrapposta all'inerzia del titolare del diritto[4].
La continuità si distingue, pertanto, dall'interruzione del possesso giacché quest'ultima si riferisce al fatto del terzo che privi il possessore del possesso (c.d. interruzione naturale) o all'attività del titolare del diritto reale che compia un atto di esercizio del diritto medesimo (c.d. interruzione civile)[5].
Ai sensi dell'art. 1163 c.c. rubricato «*Vizi del possesso*": "*Il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata*".
Il legislatore ha così previsto che il possesso *ad usucapionem* debba essere anche pacifico e pubblico e, quindi, non connotato da violenza e clandestinità e tale da non ingenerare nei terzi il dubbio circa l'effettiva intenzione dell'interessato[6].
L'inequivocità costituisce, invece, un requisito intrinseco al possesso[7] il quale deve consistere in modo né dubbio né incerto, nell'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.
Ad integrare, infine, il possesso utile all'usucapione è necessario, oltre alla continua e non interrotta relazione con la cosa secondo i requisiti appena descritti, anche l'intenzione del possessore di comportarsi come proprietario del bene e, dunque, quale titolare di quel diritto reale a cui corrisponde la concreta attuazione del potere di fatto[8].
Si tratta del c.d. *animus possidendi* (definito anche «*animus rem sibi habendi*") ovvero della componente soggettiva del possesso[9] intesa quale intenzione di esercitare sulla cosa una signoria corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale. Ciò che rileva ai fini dell'usucapione, pertanto, non è la convinzione di esercitare un proprio diritto o l'ignoranza di ledere un diritto altrui, bensì la volontà di disporre del bene come se fosse proprio[10].
Il possesso connotato dai sopra evidenziati elementi oggettivi e soggettivi, per il tempo previsto dalla legge in relazione alla diversa tipologia del bene oggetto del possesso mede-

[2] Barassi, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, 400; De Martino, *Usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari*, in *Commentario Scialoja Branca*,Bologna-Roma, 1984, 63; Tenella Sillani, *Possesso e detenzione*,in *Digesto civ.*, XIV, 4^ ed., Torino, 1996. In giurisprudenza, vds., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. II, 22 aprile 1992, n. 4807 secondo cui: «*L'acquisto della proprietà per usucapione dei beni immobili ha per fondamento una statuizione di fatto caratterizzata dal mancato esercizio del diritto da parte del proprietario e dalla prolungata signoria di fatto sulla cosa da parte di chi si sostituisce a lui nell'utilizzazione di essa. La pienezza e l'esclusività di questo potere, che soddisfano il requisito dell'univocità del possesso, lo rendono idoneo a determinare il compiersi della prescrizione acquisitiva*".

[3] Art. 1140 c.c. «*Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa".*

[4] Si vedano, Cass. Civ., Sez. II, 29 novembre 2005, n. 25922 e Cass. Civ., Sez. II, 6 agosto 2004, n. 15145.

[5] Cass. Civ., Sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10652. Per l'interruzione del possesso *ad usucapionem*, l'articolo 1165 c.c. richiama le norme sull'interruzione della prescrizione, in quanto compatibili con l'usucapione. Secondo l'unanime orientamento della giurisprudenza «*il rinvio dell'art. 1165 c.c. alle norme sulla prescrizione in generale e, in particolare, a quelle relative alle cause di sospensione ed interruzione, incontra il limite della compatibilità di queste con la natura stessa dell'usucapione, con la conseguenza che non è consentito attribuire efficacia interruttiva del possesso se non ad atti che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa oppure ad atti giudiziali, siccome diretti ad ottenere ope iudicis la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapiente, come la notifica dell'atto di citazione con il quale venga richiesta la materiale consegna di tutti i beni immobili in ordine ai quali si vanti un diritto dominicale. Non sono, invece, idonei come atti interruttivi del termine utile per l'usucapione la diffida o la messa in mora in quanto può esercitarsi il possesso anche in aperto contrasto con la volontà del titolare del diritto reale*" (Cass. Civ., Sez. II, 6 maggio 2014, n. 9682; Cass. Civ., Sez. II, 27 maggio 2010, n. 13002; Cass. Civ., Sez. II, 19 giugno 2003 n. 9845).

[6] Montel, *Il possesso*,in *Trattato di diritto civile italiano fondato da Vassalli*, Torino, 1956, 158.

[7] Ruperto, *Usucapione (diritto vigente), cit.*, 1032. In giurisprudenza, vds., Cass. Civ., Sez. II, 22 aprile 1992, n. 4807; Cass. Civ., Sez. II, 18 aprile 2003 n. 6314.

[8] Cass. Civ., 8 maggio 1967 n. 909.

[9] De Martino, *Usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari*, *cit.*, 8; Montel, *Il possesso*,in *Trattato di diritto civile italiano fondato da Vassalli*, *cit.*, 34; Sacco, *Possesso*, in *Rivista di diritto civile*, 1986, II, 323; Natoli, *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988, 359.

[10] Cass. Civ., Sez. II, 15 luglio 2002, n. 10230; Cass. Civ., Sez. II, 26 aprile 2002, n. 6079; Cass. Civ., Sez. II, 5 settembre 1998, n. 8823; Cass. Civ., Sez. II, 1 luglio 1996, n. 5964.

simo[11], determina l'acquisto a titolo originario del diritto di proprietà o degli altri diritti reali.
L'usucapione non può essere rilevata d'ufficio[12]; conseguentemente il relativo accertamento deve essere invocato dall'usucapiente e la sentenza è soggetta a trascrizione ai sensi dell'art. 2651 c.c.
Completata l'analisi relativa al possesso occorre analizzare l'istituto della detenzione per evidenziare le differenze tra i due istituti con particolare riferimento all'usucapione.
Il citato art. 1140 c.c. contiene la definizione di possesso, ma non quella di detenzione in quanto il secondo comma della disposizione stabilisce che «*si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa*".
Il detentore, quindi, esercita il potere di fatto sulla cosa *nomine alieno*, cioè in nome e per conto del possessore, senza *animus rem sibi habendi* ovvero senza l'intento di esercitare un diritto reale proprio.
Il principale carattere differenziale tra le due situazioni materiali di dominio è rappresentato dall'elemento psicologico: il detentore, infatti, è privo dell'*animus possidendi* ed ha, invece, l'*animus detinendi* quale volontà di avere la cosa per la realizzazione di un proprio interesse mediante l'esercizio di un proprio diritto ovvero di un interesse altrui[13], che presuppone, dunque, l'altruità del diritto di proprietà o di altro diritto reale.
Il detentore, quindi, non ha affatto la volontà di esercitare poteri sulla *res* a nome proprio, poiché la sua relazione con il bene si fonda sempre sulla titolarità di un diritto personale di godimento, nell'interesse proprio o altrui, per ragioni di servizio ovvero di ospitalità.
Tradizionalmente si distingue tra la detenzione non qualificata, se viene esercitata nell'interesse altrui ovvero in relazione all'adempimento di un obbligo verso terzi (si pensi, ad esempio, al depositario o al mandatario) e la detenzione qualificata, se svolta nell'interesse proprio (come il conduttore o il comodatario); è detentore qualificato, pertanto, il soggetto che detiene la cosa di cui ha conseguito il godimento in forza di un titolo negoziale, nel proprio autonomo interesse[14].
Ne deriva che la detenzione, tanto qualificata, quanto non qualificata, è inidonea ai fini dell'usucapione e non può in alcun modo determinare l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale sul bene.
Il legislatore ha previsto, comunque, che la detenzione possa evolversi in possesso ai sensi dell'art. 1141 c.c.comma 2 c.c. secondo cui: «*Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finché il titolo non venga a essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore*".
É questa la cosiddetta interversione del possesso per cui la trasformazione della detenzione in possesso può aver luogo solo quando il titolo della detenzione viene ad essere mutato per fatto proveniente da un terzo[15] o in forza di un'opposizione fatta dal detentore contro il possessore[16].
In altri termini, l'interversione del possesso deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore dalla quale sia consentito desumere che il detentore abbia cessato di esercitare il pote-

[11] Art. 1158 c.c.: "*La proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni".* Art. 1159 c.c.: *«Colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario un immobile, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto, ne compie l'usucapione in suo favore col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione. La stessa disposizione si applica nel caso di acquisto degli altri diritti reali di godimento sopra un immobile".* Art. 1160 c.c.: *«L'usucapione di un'universalità di mobili o di diritti reali di godimento sopra la medesima si compie in virtù del possesso continuato per venti anni. Nel caso di acquisto in buona fede da chi non è proprietario, in forza di titolo idoneo, l'usucapione si compie con il decorso di dieci anni".* Art. 1161 c.c. «*In mancanza di titolo idoneo, la proprietà dei beni mobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per dieci anni, qualora il possesso sia stato acquistato in buona fede. Se il possessore è di mala fede, l'usucapione si compie con il decorso di venti anni".* Art. 1162 c.c.: "*Colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario un bene mobile iscritto in pubblici registri, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto, ne compie in suo favore l'usucapione col decorso di tre anni dalla data della trascrizione. Se non concorrono le condizioni previste dal comma precedente, l'usucapione si compie col decorso di dieci anni. Le stesse disposizioni si applicano nel caso di acquisto degli altri diritti reali di godimento".*

[12] Montel, *Il possesso*,in *Trattato di diritto civile italiano fondato da Vassalli*, *cit.*, 380.

[13] Montel, *Il contenuto del rapporto possessorio*,in *Giurisprudenza agraria italiana*, 1965, 525; Levoni, *La tutela del possesso,* II, Milano,1979, 163; Franceschelli, *Diritto privato*, V^ ed., Milano, 2011, 423.

[14] Ruperto, *La giurisprudenza sul Codice civile. Coordinata con la dottrina,* Libro III, Artt. 1140-1172, Milano 2011, 47; Cendon, *Commentario al codice civile*, Artt. 1140-1172, Milano, 2009, 275. In giurisprudenza vds., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. II, 29 aprile 2002, n. 6221.

[15] Cass. Civ., Sez. II, 7 dicembre 2006, n. 26228 ha precisato che: «*Il fatto 'proveniente dal terzo' che, ai sensi dell'art. 1141, 2º comma, c.c., può costituire causa idonea ad operare il mutamento della detenzione in possesso non può consistere in un mero comportamento materiale, ma deve consistere in un atto che, indipendentemente dalla sua validità ed efficacia, sia diretto a trasferire al detentore il diritto corrispondente al possesso da questi vantato".*

[16] Cass. Civ., 5 dicembre 1990, n. 11691, ha rilevato come "*l'opposizione del detentore contro il possessore, che può aver luogo sia giudizialmente che stragiudizialmente, consiste nel rendere noto al possessore, e cioè a colui per conto del quale la cosa era detenuta, in termini inequivoci e contestando il di lui diritto, l'intenzione di tenere la cosa come propria".*

re di fatto sulla cosa in nome altrui e abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione dell'*animus rem sibi habendi* all'*animus detinendi*.
Questa manifestazione deve essere specificamente rivolta contro il possessore in maniera tale da porlo in grado di rendersi conto dell'avvenuto mutamento[17] e non può mai concretizzarsi in un atto di volizione interna, ma deve consistere in un fatto esterno, in una espressa estrinsecazione di volontà o in un comportamento concludente[18].

3. La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, 27 agosto 2019, n. 21726

La sentenza in commento[19] si pone in continuità con il consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte Suprema in *subiecta materia*, confermando l'interpretazione delle norme e degli istituti che è stata sopra declinata.
La pronuncia muove dal presupposto - incontestato tra le parti - che nel caso di specie ricorre un'ipotesi di compravendita di bene immobile realizzata verbalmente e, quindi, nulla per difetto di forma scritta prevista dalla legge come requisito *ad substantiam*, cui tuttavia la società ed i coniugi hanno dato esecuzione *de facto* attraverso lo scambio delle chiavi del bene e del prezzo pattuito per il suo acquisto.
La Corte di Cassazione richiama al riguardo il principio, affermato dalle Sezioni Unite[20] con riferimento alla fattispecie della promessa di vendita con effetti anticipati, secondo cui «*quando tra le parti viene convenuta la consegna del bene immobile prima della stipula del relativo rogito di compravendita non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi di quest'ultimo, ma la disponibilità del bene conseguita dall'acquirente si fonda su un contratto di comodato funzionalmente collegato con la compravendita, produttivo di meri effetti obbligatori*".
A ciò consegue che la relazione con la *res* del soggetto anticipatamente immesso nella sua disponibilità, non costituisce possesso, ma semplice detenzione qualificata, salva la dimostrazione da parte dell'interessato, dell'esistenza di un atto di interversione del possesso idoneo a far decorrere, in favore del soggetto che ha la materiale disponibilità dell'immobile, il decorso del termine utile per la sua usucapione.
A questo punto è necessario valutare se tale ultima situazione possa ricorrere anche nel caso di usucapione fondata su un titolo affetto da nullità.
La risposta della Corte di Cassazione è positiva e muove dalla giurisprudenza in materia di donazione di bene altrui, nulla per effetto della previsione di cui all'art. 771 c.c. che prevede il divieto della donazione dei beni futuri, ma, tuttavia ritenuta idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'articolo 1159 c.c., in presenza degli altri elementi rappresentati, in particolare, dalla trascrizione dell'atto, oltre che dalla buona fede del donatario[21].
Secondo la sentenza in commento, dunque, se la Corte Suprema ha affermato l'idoneità della donazione nulla a costituire, se debitamente trascritta, titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata, allora tale orientamento conferma il principio secondo cui, in presenza di un titolo affetto da nullità, per potersi configurare una situazione di possesso in capo al soggetto che acquisti in base ad esso una relazione di fatto con la *res* non è sufficiente la materiale detenzione della stessa, ma occorre un atto ulteriore di interversione, idoneo a manifestare all'esterno la volontà del predetto soggetto di comportarsi come unico proprietario del bene.
Atto che - perseguendo nel parallelismo tra le due fattispecie operato dalla Corte di Cassazione - "*nel caso di cui all'art. Art. 1159 c.c., è rappresentato dalla trascrizione del titolo nei registri immobiliari, mentre nel diverso caso di cui all'art. Art. 1158 c.c. è costituito da un atto materiale idoneo ad esprimere la volontà di realizzare una vera e propria interversio possessionis*".
L'atto di interversione deve presentare le caratteristiche analizzate nel precedente paragrafo e, dunque, deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore specificamente rivolta contro il possessore dalla quale sia consentito desumere che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione dell'*animus rem sibi habendi* all'*animus detinendi* in maniera tale da porre il possessore in grado di rendersi conto dell'avvenuto mutamento[22].
Nel caso di specie i semplici elementi del trasferimento della residenza nell'immobile e dell'attivazione delle relative

[17] In questo senso, Cass. Civ., Sez. I, 20 dicembre 2016, n. 26327.
[18] Così, Cass. Civ., Cass. civ., 29 maggio 1981, n. 3523.
[19] Cass. Civ., Sez. II, 27 agosto 2019, n. 21726.
[20] Cass. Civ., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930; nei medesimi termini, Cass. Civ., Sez. II, 16 marzo 2016, n. 5211; Cass. Civ., Sez. II, 26 aprile 2010, n. 9896; Cass. Civ., Sez. II, 25 gennaio 2010, n. 1296.
[21] Cass. Civ., Sez. II, 5 maggio 2009, n. 10356; Cass. Civ., Sez. VI, 23 maggio 2013, n. 12782.
[22] Cass. n. 26327/2016, *cit.*, ha precisato che questa espressa manifestazione rivolta contro il possessore non può mai concretizzarsi in un atto di volizione interna, ma deve consistere in un fatto esterno, in una espressa estrinsecazione di volontà o in un comportamento concludente.

utenze, valorizzati dalla Corte di Appello, non possono costituire per la Corte Suprema idonei atti di interversione del possesso "*in quanto essi potrebbero - in linea di ipotesi - anche derivare da un mero rapporto di detenzione titolata del bene immobile di cui si discute*".

La sentenza ha, quindi, affermato il seguente principio di diritto: "*Nell'ipotesi di compravendita di bene immobile nulla perché realizzata in forma verbale, cui le parti abbiano comunque dato esecuzione mediante la consegna della res ed il pagamento integrale del relativo corrispettivo, il giudice di merito può affermare l'esistenza, in capo al soggetto che in virtù del predetto titolo si trovi in rapporto di fatto con il cespite, di un possesso utile ad usucapionem soltanto laddove in concreto si configuri un atto idoneo a realizzare l'interversione del possesso, che non può essere rappresentato da comportamenti - quali il trasferimento della residenza nell'immobile o l'attivazione delle relative utenze a proprio nome - che di per sé non presuppongono il possesso, ma un mero rapporto di detenzione qualificata con la res*".

INTERESSI MORATORI E DISCIPLINA ANTIUSURA

Interessi moratori e disciplina antiusura - Questione rimessa al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite

di Alessio Antonelli

DEL 3 MARZO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. Evoluzione del quadro normativo
3. Il caso che ha dato impulso all'ordinanza interlocutoria n. 26946 del 22 ottobre 2019 resa dalla Corte di Cassazione
4. Le motivazioni contenute nell'ordinanza n. 26946 del 22 ottobre 2019
5. Conclusioni

1. Introduzione

La Prima Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 26946 del 22 ottobre scorso, ha rimesso al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, questioni di particolare importanza, relative agli interessi di mora ed al loro eventuale assoggettamento alla disciplina antiusura.

2. Evoluzione del quadro normativo

La Legge 7 marzo 1996, n. 108, recante "*Disposizioni in materia di usura*" ha introdotto la questione inerente all'assoggettabilità degli interessi c.d. moratori alla disciplina in materia di usura.

Detta legge è entrata in vigore in un periodo di forte abbassamento dei tassi d'interesse a livello mondiale.

La prima pubblicazione dei tassi medi trimestrali (TEGM), secondo le disposizioni della predetta legge, effettuata nel periodo ottobre - dicembre 1996[1], ha rilevato per i mutui un'applicazione media di mercato pari al 10,60% d'interesse.

Nella successiva rilevazione, effettuata nel periodo ottobre - dicembre 1998[2], il tasso medio di mercato per il mutuo è risultato essere il 5,09%.

L'Associazione Bancaria Italiana, in data 20 marzo 1997, ha emanato una circolare con cui ha raccomandato alle consociate di non adeguarsi alle nuove disposizioni sull'usura per ciò che riguarda i contratti di credito stipulati a tasso fisso o *per relationem* in epoca anteriore all'entrata in vigore della Legge 7 marzo 1996, n. 108.

Quest'ultima indicazione ha individuato la fattispecie della c.d. usura sopravvenuta.

Nella direzione opposta si muove, con il Decreto del 24 marzo 2000 n. 110, il Ministero del Tesoro il quale ha aperto le porte alla rinegoziazione dei mutui a tasso agevolato nei casi in cui quest'ultimo avesse superato il tasso soglia, divenendo così usuraio.

Il tasso di sostituzione, si è previsto nella disposizione appena citata, deve essere il tasso medio di mercato, comunicato trimestralmente dal Ministero del Tesoro.

Sempre nel corso dell'anno 2000 la Suprema Corte di Cassazione ha emanato tre sentenze, il cui orientamento muove verso l'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c.*nova facie*: nessun interesse è dovuto in caso di superamento dei tassi soglia, anche nel caso dell'usura sopravvenuta.

Si tratta delle pronunce del 2 febbraio 2000, n. 1126, del 2 aprile 2000, n. 5286 e del 17 novembre 2000, n. 14899[3].

[1] Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 72 del 2 aprile 1997.
[2] Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 74 del 29 marzo 2000.
[3] Particolare rilievo assume la sentenza Cassazione Civile, Sezione 1^, del 17 novembre 2000, n. 14899, citata anche nell'epigrafe del D.L. 29 dicembre 2000 n. 394, laddove si legge "*ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di tassi d'interesse usurari, anche in considerazione degli*

Il 4 dicembre 2000 il Ministro del Tesoro ha pubblicato sul sito web del Ministero una prima lettera del Governatore della Banca d'Italia[4] il quale ha invitato il Governo ad intervenire al fine di neutralizzare l'impatto della Legge 7 marzo 1996, n. 108, così come applicata dalla Cassazione con i predetti arresti, sull'economia delle banche.
Il 14 dicembre 2000 il Ministro del Tesoro ha diffuso sul sito web del Ministero una seconda lettera del Governatore della Banca d'Italia nella quale sono precisate le stime catastrofiche per il sistema bancario italiano nell'ipotesi si applicasse la Legge 7 marzo 1996, n. 108 secondo i canoni interpretativi stabiliti dalla Suprema Corte[5].
Nello stesso periodo l'Associazione Bancaria Italiana ha richiesto al Governo di intervenire con un provvedimento legislativo atto a neutralizzare le citate sentenze della Cassazione, annunciando che si sarebbe rivolto alla Commissione Europea per presunte violazioni delle norme comunitarie.
Il Governo, nel rispondere al sollecito dell'ABI, ha emanato il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito nella Legge 28 febbraio 2001, n. 24, avente ad oggetto l'interpretazione autentica della Legge 7 marzo 1996, n. 108.
Con l'emanazione del D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 il Governo è intervenuto al dichiarato fine di risolvere l'incertezza venutasi a creare a seguito dell'entrata in vigore della predetta Legge 7 marzo 1996, n. 108, soprattutto alla luce della citata pronuncia della Suprema Corte n. 14899/2000.
Così si evince, infatti, non solo dalle circostanze straordinarie di necessità e d'urgenza specificamente indicate nel preambolo a giustificazione dell'adozione del Decreto Legge, ma anche dalla Relazione governativa di accompagnamento del progetto di conversione, ove si legge che l'orientamento espresso dalla suddetta pronuncia "*determina un'indubbia incertezza giuridica in ordine alla legittimità delle pattuizioni di interessi nei mutui a tasso fisso*", in quanto"*l'interpretazione della Corte prefigura la possibilità di una «usurarietà sopravvenuta» per quei tassi che, successivamente al momento in cui furono pattuiti, divengano superiori al tasso soglia di volta in volta rilevato. Questo può accadere sia per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, sia per quelli perfezionati successivamente. Una simile interpretazione vanifica la rilevanza del tasso liberamente concordato fra le parti, lo rende incerto nel tempo, finisce per mettere in crisi l'operatività a tasso fisso*".
Al primo comma dell'articolo 1 della Legge 28 febbraio 2001, n. 24, il Legislatore - senza peraltro apportare alcuna modifica alla corrispondente disposizione contenuta nel D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 - ha stabilito che «*ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del Codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del Codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*".
All'esito dell'emanazione della citata Legge 28 febbraio 2001, n. 24, sia la giurisprudenza di legittimità[6] che quella di merito adottano un'interpretazione secondo la quale la legge di interpretazione autentica abroga, di fatto, la Legge 7 marzo 1996, n. 108 per i rapporti sorti prima del 1996 o la abroga *tout court*.
Tanto ciò è vero che moltissimi giudici di merito[7] non ammettono più il quesito per la determinazione del TEG ai sensi della Legge 7 marzo 1996, n. 108.
Il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 (e la conseguente legge di conversione) è stato sottoposto al giudizio della Consulta (Corte Costituzionale, 25 febbraio 2002 n. 29), che ne ha dichiarato la costituzionalità rispetto alle eccezioni sollevate nelle rimessioni degli atti disposte dalle corti di merito.
Un passaggio di detto arresto merita sicuramente di essere menzionato "*Va in ogni caso osservato - ed il rilievo appare in sé decisivo - che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile - senza necessità di specifica motivazione - l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori*", rappresentando un valido sostegno sia alla *ratio* della Legge 7 marzo 1996, n. 108, sia all'interpretazione costituzionale della Legge 28 febbraio 2001, n. 24.
Con il successivo Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 marzo 2003 - pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 75 del 31 marzo 2003 - si è provveduto a rilevare il tasso effettivo globale medio ai fini dell'usura relativamente al trimestre aprile - giugno 2003, in ossequio a quanto disposto dall'art. 2, comma 1, Legge 7 marzo 1996, n. 108.
Tale decreto ministeriale, rispetto ai precedenti, stabilisce un importante principio precisando espressamente che il tas-

effetti che la sentenza della Corte di cassazione n. 14899/2000 può determinare in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale".
[4] http://www.tm1.it/adusbef/documenti/documenti_vari/ Fazio_4_dic_00.htm.
[5] http://www.tm1.it/adusbef/documenti/documenti_vari/ FAZIO%2014%20DICEMBRE%2000.htm.
[6] *Ex multis*, Cass. Civ. n. 13477/2010; Cass. Civ. n. 15621/2007; Cass. Civ. n. 15497/2005.
[7] Gianni Colangelo, *Un giudice a Lussemburgo*, nota a Tribunale di Milano, 3 gennaio 2011, G.U. Cozzi,in questa *Rivista*, 2012, 314.

so effettivo globale medio così come rilevato per le diverse operazioni indicate non si applica agli interessi moratori e cioè a quelli dovuti in caso di ritardato pagamento[8].
Meritano di essere menzionate - in quanto citate dalle disposizioni sin qui illustrate - le norme sull'usura contenute nel Codice Civile e nel Codice Penale, in particolare agli art. 1815 c.c. e 644 c.p.
A norma del primo "*salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'articolo 1284.*
Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi.
Secondo quanto stabilito dall'art. 644 c.p., invece "*chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000.*
Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.
La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.
Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito".

3. Il caso che ha dato impulso all'ordinanza interlocutoria n. 26946 del 22 ottobre 2019 resa dalla Corte di Cassazione

P.A. conveniva in giudizio un istituto di credito, proponendo opposizione ad un decreto ingiuntivo con cui il Tribunale di Genova le aveva intimato il pagamento della somma di Euro 18.500,94, oltre interessi al 17,57%, dovuta a titolo di rate insolute, capitale residuo, interessi moratori e penale, relativi ad un finanziamento concesso con contratto di credito al consumo stipulato il 23 aprile 2002.
A sostegno della domanda l'attrice deduceva la nullità del contratto, l'errata determinazione della somma dovuta, l'inefficacia delle relative clausole ai sensi dell'art. 1469-bis c.c., nn. 6 e 17, artt. 1469 ter, 1469 quater e 1469 quinquies c.c., e la nullità della clausola che prevedeva la misura degl'interessi moratori, per violazione dell'art. 1815 c.c., nonché di quella che prevedeva la capitalizzazione degl'interessi.
Si costituiva l'istituto di credito, resistendo alla domanda e chiedendone, pertanto, il rigetto.
Con sentenza del 12 giugno 2008, il Tribunale di Genova accoglieva parzialmente l'opposizione revocando il decreto ingiuntivo.
L'impugnazione proposta dall'istituto di credito veniva rigettata dalla Corte d'Appello di Genova che, con sentenza del 30 luglio 2014, rigettava anche il gravame incidentale proposto dalla P.A.
Valutate e decise, in primis, le questioni di natura preliminare (inammissibilità dell'impugnazione per violazione dell'art. 163, nn. 2 e 6, c.p.c., ammissibilità dell'intervento spiegato in appello da altro istituto di credito in qualità di cessionario del credito controverso e specificità delle censure proposte dall'appellante), la Corte di Appello ha confermato che il carattere oneroso del mutuo escludeva l'applicabilità dell'art. 1186 c.c., il quale presuppone che il termine sia stato fissato soltanto a favore del debitore, ritenendo pertanto che alla comunicazione della decadenza dal beneficio del termine fosse stato correttamente attribuito un effetto risolutivo, anch'esso espressamente previsto dal contratto e non avente portata alternativa rispetto alla predetta decadenza.
La Corte ha confermato, poi, il carattere vessatorio delle clausole contrattuali che imponevano al debitore inadempiente l'immediato pagamento di tutte le rate scadute e da scadere, comprensive d'interessi, nonché di un ulteriore interesse di mora al tasso dell'1,5 % mensile, di una penale pari al 30% degl'importi insoluti e di un'ulteriore penale di Euro 250,00, dichiarandone l'inefficacia ai sensi dell'art. 1469 bis c.c., in quanto la società creditrice non aveva fornito la prova richiesta dall'art. 1469 ter, ultimo comma, c.c. e concludendo pertanto che la debitrice era tenuta soltanto al pagamento del capitale residuo.
In ordine agl'interessi, la Corte ha confermato l'applicabilità

[8] Art. 3, comma 4, D.M. 25 marzo 2003 «*I tassi effettivi globali medi di cui all'art. 1, comma 1, del presente decreto non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento. L'indagine statistica condotta a fini conoscitivi dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio italiano dei cambi ha rilevato che, con riferimento al complesso delle operazioni facenti capo al campione di intermediari considerato, la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali*".

della Legge 7 marzo 1996, n. 108, ritenendola riferibile sia agl'interessi corrispettivi che a quelli moratori, ed escludendone l'operatività soltanto in riferimento ai contratti stipulati in epoca anteriore alla sua entrata in vigore e produttivi di rapporti ormai esauriti.
La Corte di Appello ha precisato al riguardo che, sebbene il contratto di finanziamento fosse stato sottoscritto in data anteriore all'emanazione del D.M. 25 marzo 2003, che aveva provveduto per la prima volta alla rilevazione del tasso di mora, già il precedente D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 aveva fatto riferimento agl'interessi a qualunque titolo convenuti, individuando il limite oltre il quale gl'interessi dovevano considerarsi comunque usurari nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito era compreso, aumentato della metà.
Ritenuto che tale criterio fosse utilizzabile anche per l'accertamento del carattere usurario di interessi moratori pattuiti in data anteriore all'entrata in vigore del D.M. 25 marzo 2003, la Corte di Appello ha rilevato che nella specie il tasso del 18% annuo, previsto dal contratto di mutuo, risultava superiore al tasso soglia e ne ha quindi affermato la nullità ai sensi dell'art. 1815, comma 2, c.c., oltre all'inefficacia ai sensi dell'art. 1469 bis c.c.
I Giudici di seconde cure hanno ritenuto invece infondate le censure proposte dall'appellante incidentale in ordine alla quantificazione della somma dovuta a titolo di capitale residuo, reputando ininfluente l'avvenuta predisposizione da parte della P. di un piano di ammortamento finanziario alternativo, in quanto non accompagnata dall'indicazione degli errori in cui era incorso il Giudice di primo grado.
Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'istituto di credito.
Le censure sollevate dalla ricorrente riguardavano, tra l'altro, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1815 c.c., 644 c.p., 1 del D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 e 1 della Legge 7 marzo 1996, n. 108, nella parte in cui la Corte di merito aveva applicato estensivamente la normativa antiusura agli interessi moratori, con conseguente rilevanza dell'avvenuto superamento del tasso soglia.

4. Le motivazioni contenute nell'ordinanza n. 26946 del 22 ottobre 2019

Su tale ultima questione gli Ermellini hanno evidenziato l'esistenza di orientamenti di legittimità contrastanti.
Un indirizzo che ha risolto tale problematica in senso affermativo si fonda sul richiamo dell'art. 644 c.p., comma 1, e dell'art. 1815 c.c., che non distinguono tra interessi corrispettivi e moratori, nonché dell'art. 1224 c.c., comma 1, in virtù del quale se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori saranno dovuti nella stessa misura.
Tale orientamento è stato condiviso anche recentemente dalla giurisprudenza di legittimità che ha fatto riferimento alle norme in esame, alla loro *ratio* nonché all'evoluzione storica della disciplina degli interessi.
In particolare, è stato osservato che l'art. 644 c.p. e l'art. 2 della Legge 7 marzo 1996, n. 108 non indicano una distinzione tra interessi corrispettivi e moratori, essendo menzionati genericamente gli «interessi», mentre il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, all'art. 1 suggerisce di valutare il carattere usurario al momento della pattuizione «a qualsiasi titolo».
Conseguentemente, occorrerà fare riferimento a quanto espresso nella relazione di accompagnamento della Legge 28 febbraio 2001, n. 24, di conversione del D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, nella quale era stato precisato che detta espressione si riferiva a qualsiasi tipo di interesse "sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio".
Inoltre, l'omogeneità della funzione economica degli interessi fa sì che tanto gli interessi corrispettivi che quelli moratori costituiscano la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, e nel secondo involontariamente.
In ragione di ciò la funzione giuridica degli interessi moratori consiste nel risarcire il danno patito dal creditore per il ritardo nel pagamento di un debito pecuniario, atteso che tale pregiudizio comporta la necessità di ricorrere al credito remunerando chi lo conceda o, in alternativa, nella rinuncia ad impiegare la somma dovuta in proficui investimenti.
Anche la disciplina antiusura risponde alle esigenze di tutela del debitore, per cui l'esclusione dell'applicabilità della stessa agli interessi moratori determinerebbe, paradossalmente, che per il creditore sarebbe più vantaggioso l'inadempimento che l'adempimento.
Oltre a ciò, l'art. 2-bis del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, introdotto dalla Legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2, ha stabilito che gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti da clausole che stabilivano in favore della banca una remunerazione collegata all'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente erano rilevanti per l'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e della Legge 7 marzo 1996, n. 108, artt. 2 e 3.
Si è quindi presentato il problema di decidere se tale disposizione si applicasse o meno anche ai rapporti svoltisi anteriormente.
La questione, essendo stata risolta difformemente dalla Se-

conda Sezione Penale[9] e dalla Prima Sezione Civile[10], è stata sottoposta alle Sezioni Unite Civili che, con la sentenza n. 16303 del 20 giugno 2018, hanno chiarito che per verificare il superamento del tasso soglia, in riferimento ai predetti rapporti, è necessario comparare separatamente il tasso effettivo globale d'interesse applicato in concreto e la commissione di massimo scoperto eventualmente applicata rispettivamente con il tasso-soglia e con la "commissione soglia".
Oltre a ciò, le Sezioni Unite hanno escluso la retroattività del predetto articolo 2-bis del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, ritenendola contrastante sia con il tenore letterale della disposizione, recante anche il riferimento ad una disciplina transitoria da emanarsi in sede amministrativa, che con il principio di simmetria della Legge 7 marzo 1996, n. 108 che indica gli elementi alla base del calcolo del tasso effettivo globale concretamente applicato e quelli da considerare per individuare il tasso effettivo globale medio, ovvero per determinare il tasso soglia.
Rilevato, tuttavia, che la commissione di massimo scoperto rientra pur sempre tra le commissioni o remunerazioni menzionate dall'art. 644 c.p., comma 4, e dall'art. 2, comma 1, della Legge 7 marzo 1996, n. 108, gli Ermellini hanno ritenuto che la predetta esigenza di simmetria non consente di escludere la commissione di massimo scoperto dal calcolo del tasso effettivo globale per il solo fatto che la stessa non è inclusa tra gli elementi in base ai quali si determina il tasso effettivo globale medio, ma può assumere rilievo soltanto ai fini della valutazione della conformità della disciplina amministrativa rispetto alla legge di cui costituisce attuazione.
La rilevazione separata della commissione di massimo scoperto anche per il periodo anteriore all'entrata in vigore del D.L. 29 novembre 2008, n. 185 è di per sé sufficiente ad escludere l'illegittimità di tale disciplina, in quanto consente la comparazione tra il corrispettivo della prestazione creditizia concretamente praticato ed il tasso soglia cui sono preordinati i decreti ministeriali.
Le Sezioni Unite hanno quindi richiamato le modalità di comparazione indicate dalla Banca d'Italia nel bollettino di vigilanza n. 12 risalente al mese di dicembre 2005, reputandole rispettose del dettato normativo in quanto rispondenti all'esigenza di realizzare una comparazione piena, sotto tutti gli aspetti rilevanti secondo la legge, tra le condizioni praticate in concreto e quelle previste quale soglia dell'usura[11].
Tali considerazioni hanno imposto alla Prima Sezione della Suprema Corte di Cassazione un ulteriore approfondimento della questione riguardante la riferibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori essendo opportuno esaminare, anche alla stregua del tenore letterale dell'art. 644 c.p. e dell'art. 2 della Legge 7 marzo 1996, n. 108 e delle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge, nonché delle critiche mosse alla soluzione affermativa, se il principio di simmetria comporti l'esclusione o meno dell'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura.
Essendo questioni di massima di particolare importanza, anche sul piano economico, che hanno dato luogo a diverse soluzioni, con l'ordinanza in esame la Prima Sezione della Suprema Corte di Cassazione, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., affinché stabilisca la sussistenza dei presupposti per l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite.

5. Conclusioni

Nel panorama normativo e giurisprudenziale così delineato - molto "denso" e non univoco - si auspica che le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, qualora effettivamente interpellate, chiariscano (a questo punto, in via definitiva) la questione riguardante la riferibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori.

[9] Cassazione Penale, Sezione Seconda, sentenze 19 febbraio 2010, n. 12028; 14 maggio 2010, n. 28743; 23 novembre 2011, n. 46669; 3 luglio 2014, n. 28928.
[10] Cassazione Civile, Sezione Prima, sentenze 22 giugno 2016, n. 12965; 3 novembre 2016, n. 22270.
[11] Cassazione Civile, Sezioni Unite, 20 giugno 2018, n. 16303.

PROCESSO AMMINISTRATIVO E APPELLO DEI DECRETI CAUTELARI MONOCRATICI

L'appello contro decreti cautelari monocratici nel processo amministrativo

di Ezio Maria Barbieri

DEL 4 MARZO 2020

Sommario

1. Premessa
2. La normativa
3. La giurisprudenza
4. Il decreto Cons. Stato sez.V n. 4628/2009
5. Il decreto Cons. Stato sez. III n. 5650/2014
6. Il decreto Cons. Stato sez. V n. 3015/2017
7. Il decreto Cons. Stato sez. IV n. 5971/2018
8. Considerazioni conclusive

1. Premessa

L'ammissibilità dell'appello contro il decreto cautelare monocratico nel processo amministrativo, che il legislatore non prevede espressamente, non sembra avere ancora trovato una corretta e convincente motivazione. Non sembra inopportuno, quindi, tornare sull'argomento, benché uno studio recentemente comparso abbia concluso con ricchezza e completezza di considerazioni affermando: "... ben venga l'appello dei decreti cautelari ex art. 56 c. p. a.: a ciò non sembra essere di ostacolo la natura dell'atto impugnato - un decreto piuttosto che un'ordinanza -, né l'assenza di una espressa previsione normativa, in quanto l'atipicità (finanche del rito), se usata nei limiti, per un verso, dell'architettura ordinamentale generale e, per altro verso, della domanda delle parti, costituisce uno strumento essenziale per la piena protezione delle situazioni soggettive"[1].

2. La normativa

La legge 6 dicembre 1971, n. 1034 istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali nel regolamentare il processo cautelare amministrativo non ne aveva previsto l'appellabilità. Dopo alcune contrastanti decisioni delle sezioni giurisdizionali, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 1/1978 ha ritenuto di poter affermare l'appellabilità delle ordinanze cautelari dei T. A. R. e questo orientamento interpretativo è stato subito seguito senza esitazione nella prassi giudiziaria, dando luogo così ad una giurisprudenza che si è presto consolidata. Il tentativo del legislatore di porre almeno dei limiti all'appellabilità delle ordinanze cautelari non ha trovato il consenso della Corte costituzionale, che con sentenza n. 8/1982 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 c. 4 della legge 3 gennaio 1978 n. 1 che impediva l'appello contro le sospensive riguardanti opere pubbliche ed impianti industriali. Successivamente interveniva di nuovo il legislatore con la legge 21 luglio 2000, n. 205, regolamentando questa volta espressamente l'appello contro le ordinanze cautelari collegiali di primo grado.

La materia è stata poi ripresa dal legislatore in occasione dell'emanazione del codice del processo amministrativo recante la data del 2 luglio 2010, n. 104, entrato in vigore il 16 settembre 2010.

L'art. 56 del c. p. a., in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, consente al ricorrente, con la domanda

[1] In questo senso A. De Siano, Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giurisdizione, in Federalismi gennaio 2020.

cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, di chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie.
L'istanza, notificata con le forme prescritte per la notificazione del ricorso, si propone al presidente del tribunale amministrativo regionale competente per il giudizio, il quale, accertato il perfezionamento della notificazione per i destinatari, provvede sull'istanza, sentite, ove necessario, le parti e omessa ogni altra formalità. Il provvedimento cautelare monocratico viene assunto in forma di decreto.
L'art. 61 del c. p. a. prevede inoltre misure cautelari anteriori alla causa, disponendo che in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa. Su queste istanze si pronuncia il presidente del T. A. R. con decreto espressamente dichiarato non impugnabile.
L'art. 62 del c. p. a. regolamenta infine l'appello cautelare, disponendo che contro le ordinanze cautelari (e cioè contro le ordinanze collegiali di cui all'art. 56) è ammesso appello al Consiglio di Stato, da proporre nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza, ovvero di sessanta giorni dalla sua pubblicazione. L'appello è deciso in camera di consiglio con ordinanza. Ai sensi dell'art. 98 c. p. a. il giudice d'appello, salvo quanto disposto dall'articolo 111, può, su istanza di parte, valutati i motivi proposti e qualora dall'esecuzione possa derivare un pregiudizio grave e irreparabile, disporre la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, nonché le altre opportune misure cautelari, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio.

3. La giurisprudenza

Risulta che il Consiglio di Stato si sia pronunciato solo in poche occasioni su appelli contro decreti cautelari monocratici. Mi riferisco ai decreti presidenziali della sez. V in data 17 settembre 2009 n. 4628, della sez. III in data 11 dicembre 2014 n. 5650, della sez. V in data 19 luglio 2017 n. 3015 e della sez. IV in data 7 dicembre 2018 n. 5971.
Il primo di questi provvedimenti ha accolto l'appello ed ha concesso la sospensione del provvedimento amministrativo che il presidente del TAR aveva negato; il secondo ha parimenti accolto l'appello e concesso la sospensiva negata in primo grado; il terzo ha dichiarato inammissibile l'istanza, mantenendo fermo il rigetto della sospensiva che era stata negata in primo grado; il quarto ha accolto l'appello e concesso la sospensiva negata in primo grado.

4. Il decreto Cons. Stato sez. V n. 4628/2009

Il decreto in esame, non essendo al tempo ancora entrato in vigore il c. p. a., ricorda in primo luogo che l'art. 3 della legge n. 205/2000 al tempo vigente non prevedeva espressamente l'appello del decreto cautelare monocratico e nel merito della questione, precisa che nel caso prospettato in mancanza di una immediata pronuncia monocratica sull'appello la decisione collegiale del TAR sarebbe intervenuta dopo che il provvedimento impugnato aveva ormai prodotto ed esaurito tutti i suoi effetti. Pertanto il giudice ha ritenuto ammissibile l'appello al dichiarato fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (nel caso: cautelare) della posizione soggettiva fatta valere dal ricorrente ed ha accolto l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato che il presidente del TAR aveva respinto. Il giudice quindi, avendo limitato la motivazione alla considerazione suddetta, ha dato per scontata l'ammissibilità dell'appello in nome del principio di effettività della tutela.
Non credo, però, che una motivazione di questo genere possa essere ritenuta sufficiente. Penso infatti che l'effettività della tutela, più volte richiesta soprattutto dalla giurisprudenza comunitaria ed abitualmente posta a base di tante interpretazioni anche dai giudici nazionali, non possa consentire all'interprete di introdurre tutte le modifiche processuali che si ritengano necessarie od opportune per rendere più soddisfacente il servizio giustizia; effettività credo significhi solo possibilità di accedere ad una tutela giurisdizionale che, per i tempi e i modi prestabiliti e per i risultati che consente di conseguire, sia idonea a dare una concreta soddisfazione all'interesse azionato dal ricorrente o a garantire l'utilità della futura sentenza[2]. Il che era consentito dall'art. 3 della legge n. 205/2000 anche nella sua versione strettamente letterale, cioè indipendentemente dall'appello del decreto cautelare presidenziale[3]. Aggiungerei, inoltre, che la scelta di un

[2] Rende bene l'idea di cosa accadrebbe se ci fosse la possibilità di definire in piena libertà il contenuto del principio di effettività la formula usata da G. D'Angelo (in "Eccezione di difetto di giurisdizione ed abuso del diritto", Urb. app. 2015, 851) riferita a chi fa libero ricorso al concetto di abuso del diritto: "una eterea giustificazione della sostanziale elusione dell'applicazione del diritto positivo".
[3] Villata, parlando di effettività della tutela giurisdizionale, precisa che ci si riferisce al "contenuto satisfattivo o meno della misura che il giudice può accordare in presenza di una domanda ritualmente presentata a difesa di una situazione giuridica soggettiva conformata dal diritto sostanziale" (da "La (almeno per

doppio (o di un triplo) grado di giudizio appartiene alla libera determinazione dei legislatori nazionali, per cui della correttezza di questa scelta potrà farsi questione non in sede di Corte di giustizia CE, ma solo all'interno dei singoli ordinamenti statali, ricorrendo, quando la sola interpretazione non sia sufficiente o possibile, alla Corte costituzionale ove ne ricorrano i presupposti.

Nel decreto in esame, invece, si dà per scontato che l'appello contro il decreto, pur nel silenzio del legislatore, fosse ammissibile perché richiesto dal principio di effettività. Una scelta interpretativa di questo genere ricorda da vicino la vicenda dell'appello contro le sospensive, che dopo alcune incertezze delle sezioni del Consiglio di stato l'adunanza plenaria ricordata poco sopra aveva dichiarato ammissibile, così consacrando una prassi interpretativa da allora non più contestata ed infine fatta propria anche dal legislatore. Il decreto, però, non solo non richiama, ma nemmeno ricorda la vicenda succitata, né i motivi che a suo tempo avevano indotto l'adunanza plenaria ad ammettere l'appellabilità delle ordinanze cautelari, ma parla solo di esigenze di effettività[4] che giustificherebbero di per sé sole l'estensione dell'appello previsto per le ordinanze collegiali anche ai decreti cautelari monocratici. Si può dire però allora che in questo modo ancora una volta l'interprete ha introdotto nel sistema il principio della ammissibilità di un appello di cui il legislatore non parla e se ora, a differenza di quanto fu costretta a fare l'adunanza plenaria, non individua anche un apposito rito è solo perché già in primo grado il rito era di una semplicità assoluta, né vi erano termini per la presentazione dell'istanza[5].

Realisticamente, però, questa, più che una interpretazione delle norme vigenti, sembra un esercizio immotivato di potere in considerazione anche della particolarità del caso che si andava a decidere. In disparte la decisione di ammettere l'appello e poi di decidere sulla sospensiva, va infatti detto che il giudice avrebbe dovuto tenere conto del fatto che qualsiasi decisione, sia positiva che negativa, avrebbe determinato nel caso che egli si apprestava a decidere una situazione irreparabile sia per l'amministrazione che per il ricorrente (il quale ultimo, inoltre, per di più, non poteva al tempo contare su un eventuale risarcimento del danno[6]). Il provvedimento impugnato, infatti, vietava la caccia alle marmotte per il solo mese di settembre, per cui sia il rigetto che l'accoglimento dell'istanza di sospensione avrebbero definito irrimediabilmente il giudizio nel merito. L'accoglimento dell'appello avrebbe pregiudicato definitivamente l'interesse dell'amministrazione alla tutela faunistica così come il rigetto avrebbe altrettanto definitivamente pregiudicato l'interesse del ricorrente all'esercizio della caccia. Di qui la necessità, a mio avviso, di una accurata motivazione, oltre che sull'ammissibilità dell'appello, anche sul "fumus boni juris", motivazione che nel decreto invece manca del tutto sotto entrambi i profili[7].

5. Il decreto Cons. Stato sez. III n. 5650/2014

Passando ora all'esame del decreto n. 5650/2014 va ricordato in primo luogo che al tempo della sua pronuncia il legislatore aveva ormai codificato il principio della appellabilità delle ordinanze cautelari collegiali, ma, come il giudicante anche in questa occasione sottolinea, all'art. 56 c. p. a. non aveva come ancora non ha previsto espressamente l'ammissibilità dell'appello contro i decreti cautelari monocratici, anche se nemmeno li esclude, mancando nella norma una declaratoria specifica di non impugnabilità del decreto monocratico. Da questa premessa il giudicante trae la conclusione che l'art. 56 c. p. a. vada interpretato secondo ragionevolezza affinché prevalga la funzione cautelare anticipatoria

ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)" in Riv. dir. proc. 2018, 341).

[4] In proposito mi sia consentito ricordare le parole con le quali Villata ("Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado" in Riv. dir. proc. 2017, 1123), ricordando anche il pensiero di Modugno, afferma che alla conclusione del processo interpretativo la soluzione va riferita ad un testo normativo, spettando al pensiero dogmatico valutare i risultati del pensiero problematico, alla luce del sistema normativo positivo, così da vincolare l'attività interpretativa, insopprimibilmente valutativa, al vincolo dell'ordinamento positivo, il quale solo è in grado di fornire criteri di valutazione preventivamente conoscibili.

[5] De Siano, op. e loc. cit. pag. 73, ricorda in proposito le affermazioni di Travi per il quale nessuna forzatura deve ammettersi; non importa se ciò può andare frequentemente a scapito di una parte: il processo è regolato dalla legge, in quanto la garanzia fondamentale rispetto alla funzione giurisdizionale sarebbe data dalla precostituzione delle regole del processo e dalla loro trasparente elaborazione nel circuito legislativo.

[6] Il risarcimento dei danni conseguenti ad una lesione di interessi legittimi ha trovato cittadinanza nel nostro sistema - come è noto - solo con la storica decisione della Cassazione SS. UU. 22 luglio 1999, n. 500.

[7] Questa considerazione sarebbe dovuta valere, a mio avviso, anche quando l'appellabilità delle sospensive si basava solo sulla statuizione dell'adunanza plenaria, soprattutto quando la decisione - come nel caso in esame - rendeva impossibile un futuro recupero fattuale della legalità. Si può forse dire che il carattere decisorio delle sospensive, posto dalla plenaria a base dell'ammissibilità dell'appello, poteva dirsi sussistente in effetti solo in casi analoghi a quello deciso nel decreto ora in esame, ovverossia quando la misura cautelare è produttiva di effetti sostanziali e non meramente temporali.

sottesa alle misure cautelari monocratiche quando l'esigenza cautelare prospettata è tale «da dover essere protetta senza neppure attenderne la trattazione collegiale in camera di consiglio, anche in sede d'appello».
Anche in questo caso il giudice non ritiene di dover giustificare l'ammissibilità dell'appello, al termine del quale concederà la sospensiva negata in primo grado, relativa alla chiusura di un esercizio commerciale per la durata di un mese comprensivo del periodo natalizio. Non credo, infatti, che possa considerarsi una giustificazione del doppio grado di giudizio il semplice richiamo alla ragionevolezza nella interpretazione dell'art. 56 c. p. a. trattandosi di una formula troppo ampia e troppo ovvia, che se fosse meritevole di apprezzamento comporterebbe una libertà processuale rimessa alla discrezione dei giudici e collocherebbe la giurisprudenza fra le fonti del diritto. Né serve a dare alla ragionevolezza un contenuto accettabile il richiamo alla funzione cautelare anticipatoria sottesa alle misure cautelari monocratiche. Sembra di poter dire, infatti, che le misure cautelari monocratiche non hanno una funzione diversa da quelle collegiali se non sotto il profilo della tempestività dell'intervento. L'intervento cautelare tende sempre in principalità a neutralizzare i tempi del processo, secondo l'insuperato principio chiovendiano, ed indubbiamente può anche avere un effetto anticipatorio quando, soprattutto in casi come nel caso in esame ed in quello deciso con il decreto n. 4628/2009, i suoi effetti sono fattualmente definitivi per le parti. Questo effetto anticipatorio, però, non può porsi di per sé come causa giustificativa di un giudizio di secondo grado, ma solo esige una penetrante motivazione sul "fumus boni juris", che invece anche nel caso in esame non è dato rinvenire. Ma questa è questione che nulla ha a che fare con la pretesa necessità di un doppio grado di giudizio, né dà contenuto all'invocata ragionevolezza l'estrema gravità ed urgenza invocata dal ricorrente, che è ovvio presupposto della concessione della tutela cautelare monocratica e non della sua ammissibilità.

6. Il decreto Cons. Stato sez. V n. 3015/2017

In questo decreto il giudice, dopo averne considerato la funzione strettamente interinale, sottolinea che il procedimento previsto dall'art. 56 c. p. a. deroga ai principi generali di collegialità e di contraddittorio, che esso non prevede «un distinto ed autonomo appello» e che per il sistema processuale un appello apparirebbe non configurabile, per cui la richiesta revisione del decreto «va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione della successiva camera di consiglio» (e quindi in sede collegiale). Di qui la dichiarata inammissibilità dell'appello. A questa conclusione il giudicante è pervenuto fermandosi ad una interpretazione strettamente letterale dell'art. 56 c. p. a., senza ricollegarlo alle altre norme codicistiche che in qualche modo avrebbero potuto concorrere ad una od altra soluzione o comunque a dare alla decisione una maggiore forza persuasiva. Anche la sottolineatura della deroga alla collegialità ed al contraddittorio, che pure è ovviamente corretta, non sembra che possa influire sulla appellabilità o meno dei decreti cautelari monocratici.

7. Il decreto Cons. Stato sez. IV n. 5971/2018

Ai fini dell'ammissibilità dell'appello richiesto il decreto in esame richiama l'art. 24 della Costituzione e gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che nel consacrare il diritto di difesa nulla dicono, però, riguardo alla necessità di previsione di un doppio grado di giudizio. Viene richiamata poi anche la giurisprudenza della VI sezione del Consiglio di Stato[8], riguardante però situazioni differenti da quelle che qui interessano. Si tratta, infatti, di decreti monocratici richiesti in corso di giudizi di appello contro sentenze del giudice di primo grado. Nella rimanente parte motiva il decreto in esame è quello relativamente più completo, perché richiama non solo il decreto n. 5650/2014, ma - ciò che più conta - la decisione dell'adunanza plenaria n. 1/1978 e quindi il principio dell'appellabilità delle ordinanze cautelari pur in assenza di una esplicita previsione legislativa. Il giudice afferma, però, anche che "l'appellabilità del decreto monocratico del Presidente del TAR va considerata ammissibile esclusivamente quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile - per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello - la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del TAR in sede collegiale". Sulla funzione dell'appello, limitata ad evitare l'irreversibilità della situazione di fatto sottoposta a giudizio il decreto insiste particolarmente, ribadendo che il giudice dell'appello "emette una misura che ha unicamente la finalità di evitare che una situazione di fatto diventi irreversibile". A questo fine, valutata la situazione, l'appello è stato ammesso ed accolto.
Di questo decreto interessa richiamare l'attenzione sulla consapevolezza con cui viene sottolineata la "indefettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del pro-

[8] Decreti 25 agosto 2017 n. 3408; 30 agosto 2017 n. 3418 e 3418; 1 settembre 2017 n. 3538.

cesso". Una indefettibilità la cui estensione a qualsiasi fase e grado del giudizio sembra, però, persino esagerata, a mio avviso, se si considera che, alla luce della bozza di ricostruzione dell'iter processuale fatta nel decreto stesso, il processo cautelare, nel caso di interventi monocratici, potrebbe comportare, quando i tempi lo consentissero e fossero compatibili con l'urgenza della situazione e la particolarità del caso lo richiedesse, ben quattro o cinque decisioni[9]. Decisamente un po' troppo per la sola cautela.

8. Considerazioni conclusive

La giurisprudenza sopra esaminata non sembra fornire argomenti decisivi a sostenere l'ammissibilità dell'appello contro i decreti cautelari monocratici nel processo amministrativo, significativo sembrando solo il consapevole richiamo all'adunanza plenaria n. 1/1978 contenuto nel quarto dei decreti presi in esame, decisione che però non sembra poter essere estesa "de plano" anche ai decreti cautelari monocratici. Non sembra pertanto inutile tentare di portare un piccolo contributo a questo dibattito giurisprudenziale sul processo cautelare monocratico, nonostante la veramente rara eccezionalità delle situazioni coinvolte in questi problemi e la destinazione di questi provvedimenti ad avere una brevissima durata, di per sé pressoché preclusiva dell'appello medesimo, ma non per questo meno rilevanti ai fini della tutela degli interessi in gioco. Volendo rimanere rigorosamente ancorati al diritto positivo, dirò subito che poche sono le norme utili cui rifarsi per affrontare il problema dell'ammissibilità dell'appello.
La legge istitutiva dei TAR aveva previsto solo ordinanze cautelari collegiali, senza nulla disporre in merito alla loro appellabilità o meno. La giurisprudenza amministrativa le aveva rese appellabili e l'unico tentativo legislativo di limitarne l'appellabilità in alcune materie era stato dichiarato dalla Corte costituzionalmente illegittimo.
I decreti cautelari monocratici che possono essere richiesti dopo il deposito del ricorso hanno, invece, una storia differente ed autonoma. Previsti per la prima volta dalla legge n. 205/2000 e riconfermati dall'art. 56 del c. p. a. senza sostanziali modifiche che potessero essere considerate rilevanti quanto alla loro appellabilità, non sono mai stati dichiarati dal legislatore né appellabili, né inappellabili.
I decreti cautelari monocratici "ante causam", introdotti dall'art. 61 c. p. a., sono stati invece dichiarati dal legislatore inappellabili sia in caso di loro accoglimento, sia in caso di loro rigetto. Non risulta che l'inappellabilità di questi ultimi abbia formato oggetto di contestazione davanti alla Corte costituzionale.
La vigente normativa cautelare, nonostante i ripetuti interventi legislativi e giurisprudenziali suindicati, non può dirsi ancora completa. L'appello contro le sospensive previsto dall'art. 62 del c. p. a., il solo del quale qui ci si occupa, è ammesso soltanto contro le ordinanze e cioè contro i provvedimenti collegiali che concludono in primo grado i procedimenti cautelari. Una interpretazione letterale non consentirebbe di estendere ai decreti le norme previste per le ordinanze. D'altra parte il legislatore ha espressamente escluso l'appello solo contro i decreti monocratici "ante causam", per cui l'estensione di tale normativa ai decreti monocratici emessi in corso di causa incontrerebbe a sua volta anch'essa un ostacolo letterale.
L'interprete che ritenesse rientrare nei suoi compiti il superamento del vuoto normativo derivante dalle norme suddette si troverebbe quindi nella condizione di dovere individuare mediante una interpretazione sistematica di per sé sempre opinabile l'esistenza di uno strumento di difesa come l'appello creandone anche il rito. In concreto con l'ammissione dell'appellabilità si concederebbe l'accesso ad un rimedio inesistente sul piano del diritto positivo e contemporaneamente si accollerebbe al cittadino interessato una possibilità di impugnazione di cui questi non è in grado di valutare non tanto la fondatezza e le forme quanto e soprattutto nemmeno l'esistenza stessa, che rimarrebbe rimessa all'interpretazione da parte del giudice di norme assolutamente generiche fra le cui pieghe si nasconderebbe un modo di accedere alla giustizia che buon senso vorrebbe fosse esplicito e chiaro e non mascherato in contesti normativi non espressamente finalizzati a regolamentare lo strumento processuale in questione.
È vero che è stato detto che il diritto va "inventato, nel senso di invenire, ossia trovare, va cercato e trovato nelle trame dell'esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola troppo vecchia o troppo generica non si presta a ordina-

[9] Nel decreto si legge, infatti, che "il Presidente della Sezione del Consiglio di Stato, se ritiene di accogliere l'appello e di riformare il decreto impugnato, emette una misura che ha unicamente la finalità di evitare che una situazione di fatto diventi irreversibile, e che comunque perde effetti quando il TAR esamina la domanda cautelare nella ordinaria sede collegiale: il TAR, ove ritenga di non condividere il decreto reso in sede d'appello (pur se 'confermato' dall'ordinanza del Consiglio di Stato in sede collegiale nella relativa peculiare fase incidentale), decide la domanda cautelare posta al suo esame, con la pienezza dei propri poteri". Se si pensa che a quest'ultima decisione, poi, può pur sempre seguire il normale appello al Consiglio di Stato, è chiaro che - urgenza permettendo - si perverrebbe ad un quinto giudizio cautelare finale in sede di appello. Il che conferma l'opportunità che le procedure processuali vengano stabilite dal legislatore, nell'interesse e per la tranquillità per tutti.

re i fatti"[10], ma richiedere il rispetto di un "chiare loqui" da parte del legislatore che metta tutti in condizioni di conoscere a priori gli strumenti di difesa predisposti a favore dei cittadini sembra il minimo che si possa chiedere alle norme processuali. È ben vero anche che l'appellabilità delle ordinanze cautelari di sospensione dei provvedimenti amministrativi impugnati è già stata introdotta in passato dalla citata giurisprudenza amministrativa con una operazione interpretativa astrattamente riproponibile per i decreti cautelari monocratici. È anche vero, però, che sia quando tale interpretazione è stata recepita relativamente alle ordinanze cautelari collegiali con la legge n. 205/2000, sia quando è stata ribadita dal legislatore con l'approvazione del c. p. a. il legislatore nulla ha detto quanto all'appellabilità dei decreti monocratici proprio in un momento in cui sembrava intenzionato a fare chiarezza in materia processuale e specificamente in materia di doppio grado di giurisdizione. Un silenzio cui è difficile dare una interpretazione e che nessuno dei quattro decreti in esame ha nemmeno tentato di dare, né quando si è ritenuto di ammettere l'appello, né quando lo si è dichiarato inammissibile. Tutto si è limitato infatti ad un cenno fugace all'esistenza della sentenza n. 1/1978 dell'adunanza plenaria, comparso solo nel decreto n. 5971/2018, quasi essa ammettesse non solo l'appello contro le ordinanze, ma il doppio grado di giudizio verso qualsiasi atto.
A me sembra che più significativo sarebbe stato, forse, richiamarsi alla sentenza 1 febbraio 1982 n. 8 della Corte costituzionale, che ha esteso la garanzia costituzionale al doppio grado di giudizio per il processo amministrativo sia di merito che cautelare in quanto relativo ad una giurisdizione «che verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse e rende, quindi, opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che trovasi al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa».
Personalmente, però, sarei stato molto perplesso se estendere in via interpretativa il doppio grado di giudizio ammesso per le ordinanze cautelari collegiali anche ai decreti cautelari monocratici, trattandosi di una regola del processo che deve essere stabilita mediante una esplicita scelta del legislatore piuttosto che affidata ad una generica interpretazione giurisprudenziale sempre opinabile e suscettibile di revisione.
Rispetto alle risalenti pronunce amministrative e costituzionali esistono, infatti, attualmente elementi di diversità e sono intervenuti elementi di novità suscettibili di condurre a modifiche interpretative rispetto alla formula ampia e generica usata dalla Corte costituzionale. Penso in primo luogo alla durata temporale degli effetti delle ordinanze collegiali di sospensione rispetto a quelli estremamente più ridotti dei decreti monocratici, che la Corte ovviamente non poteva nemmeno considerare perché i decreti monocratici ancora non erano stati previsti dal legislatore.
In secondo luogo non va trascurata, a mio avviso, la rilevanza che ora potrebbe assumere la ormai acquisita regola della responsabilità per la lesione degli interessi legittimi. Essa ben potrebbe indurre a limitare l'ammissibilità dell'appello nelle sempre eccezionali situazioni di ricorso alla tutela monocratica a quei casi nei quali si configurino per una delle parti situazioni di insanabile irreversibilità, rispetto alla quale nemmeno il risarcimento sarebbe concretamente utile. Il motivo fondamentale sul quale credo di poter fondare i miei dubbi sulla generalizzazione della appellabilità dei decreti cautelari monocratici riguarda la irreversibilità del danno che potrebbe derivare o essere consolidata dal decreto pronunciato in primo grado, nel senso che solo una irreversibilità che per la qualità o la quantità del danno rendesse radicalmente inutile la sentenza potrebbe rendere necessario un nuovo giudizio monocratico d'appello in sede cautelare[11].
Per giungere, però, ad una conclusione del genere occorre procedere ad una serie di valutazioni sul merito legislativo e ad una lettura sufficientemente libera delle norme generali del processo amministrativo che sembra difficile consentire all'interpretazione del giudice amministrativo, lettura che permetta una più ponderata valutazione ed un più meditato bilanciamento di opposti interessi, che la decisione cautelare può collocare in definitiva alternativa fra di loro. Per questo credo che sarebbe stato forse opportuno provocare un intervento della Corte costituzionale, che avrebbe avuto più dell'ordinario interprete un ampio potere per una sentenza interpretativa che compensasse le distratte lacune dei testi legislativi, esplicitando l'esistenza di un appello ed individuando i limiti di esso, già tanto colorato, almeno logicamente, di eccezionalità.
Aggiungo che non credo si possa dubitare che, seppure è vero che giuridicamente tutti i danni sono risarcibili, esistono situazioni di fatto che il denaro non può restaurare se non in maniera del tutto vagamente simbolica e che quindi meritano un doppio grado di giudizio anche nell'eccezionale giudizio monocratico.

[10] Così Grossi, Sulla odierna "incertezza" del diritto, Napoli, 2015. 1 e ss.
[11] La rilevanza della possibile irreversibilità degli effetti di una sospensiva concessa o negata è più volte sottolineata nel decreto n. 5971/18.

CONSEGUENZE DELL'OMESSA ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

Tra inefficacia ed irregolarità. Sull'omessa attestazione di conformità ex art. 557 co. 3 c.p.c.

(Nota a Tribunale di Castrovillari, ordinanza 31 gennaio 2020)

di Emanuele Caimi

DEL 5 MARZO 2020

Sommario

I. La vicenda
II. Gli orientamenti dei giudici di merito
III. L'incerto confine tra il rigore della forma ed il formalismo

I. La vicenda

Tribunale di Castrovillari, ordinanza 31 gennaio 2020, giudice dell'esecuzione Dott.ssa Giuliana Gaudiano

Nel rispetto del termine di cui all'art. 557 comma II c.p.c. il creditore procedente, in uno con la nota di iscrizione a ruolo, depositava copie per immagine del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e del pignoramento omettendo tuttavia di attestarne la conformità all'originale.

Il debitore esecutato, successivamente al deposito dell'istanza di vendita e dell'affidamento dell'incarico peritale, sollevava la questione affermando che in assenza dell'attestazione di conformità, il Giudice dell'esecuzione non poteva essere in grado di esercitare il controllo in ordine all'esistenza del titolo esecutivo ed al suo possesso da parte del creditore.

Il Giudice dell'esecuzione di Castrovillari, senza disporre per l'audizione del creditore procedente, dichiarava l'inefficacia dell'atto di pignoramento ordinandone la cancellazione.

Nella motivazione l'estensore chiariva che "*le copie a cui fa riferimento la norma non possono che essere le copie conformi di cui all'art. 557 co. 2, quindi dotate di attestazione di conformità*" concludendo per l'irrilevanza di ogni eventuale sanatoria successiva trattandosi d'inosservanza di un termine perentorio e non di nullità sanabile; a sostegno richiamava pronuncia della Corte d'Appello di Milano espressasi in quei termini[1].

Si registrano in giurisprudenza altresì posizioni che considerano l'omessa attestazione di conformità delle copie prodotte alla stregua d'una mera irregolarità.

Quasi coeva alla pronuncia del Tribunale di Castrovillari è quella del Tribunale di Lecce che, invece, ha statuito: "*il mancato deposito nei termini della attestazione di conformità rappresenta una mera irregolarità formale sanabile dal creditore procedente, e non una grave omissione rilevante ai fini dell'inefficacia del pignoramento o dell'estinzione della procedura*"[2].

Per le conseguenze che ne derivano la vicenda è di sicuro rilievo ed il confine tra "rigore della forma" e "formalismo" appare alquanto incerto.

II. Gli orientamenti dei giudici di merito

Con la riforma del 2014 sono state introdotte numerose modifiche al processo esecutivo, sia con l'introduzione dell'art. 492 bis c.p.c. che con la valorizzazione dell'informatizzazio-

[1] Corte d'Appello di Milano III Sez. Civ., 13 gennaio 2017 per la quale: "*la mancata apposizione delle attestazioni di conformità sugli atti depositati all'atto dell'iscrizione a ruolo dell'espropriazione produce l'inefficacia del pignoramento rilevabile d'ufficio ed insanabile, non trattandosi di ipotesi di nullità bensì di una fattispecie di inosservanza di un termine perentorio*", in *ilprocessotelematico.it*, fasc., 19 maggio 2917 con nota di Barale, *Inefficace il pignoramento se manca l'attestazione di conformità sulle copie depositate con l'iscrizione a ruolo.*

[2] Tribunale di Lecce, 29 novembre 2019, in Redazione Giuffrè, 2019.

ne del processo esecutivo; sebbene non appaiano compiutamente coordinate tra loro[3] tendono comunque a rafforzare l'effettività almeno potenziale della soddisfazione del creditore.

Il legislatore, modificando l'art. 557 c.p.c. (che pur continua ad esser rubricato «*deposito dell'atto di pignoramento*"), ha sollevato l'ufficiale giudiziario dal deposito del pignoramento (anche immobiliare) in cancelleria, prevedendone la restituzione al creditore che, con modalità telematiche, dovrà curarsi della relativa iscrizione a ruolo. Analogamente per il pignoramento presso terzi il creditore, entro 30 giorni dalla restituzione dell'atto di citazione da parte dell'ufficiale giudiziario, dovrà provvedere alla sua iscrizione a ruolo depositando la nota e le copie conformi del titolo, del precetto e della citazione ex art. 543 quinto comma, c.p.c.

Coerentemente con la digitalizzazione del processo esecutivo, gli articoli 557, 543, 521 bis c.p.c. e. 518 del codice di procedura civile attribuiscono all'avvocato la facoltà di attestare la conformità della copia informatica all'originale a sue mani.

La norma in questione, sia nell'attuale formulazione che in quella precedente, è finalizzata ad assicurare l'accertamento della disponibilità in capo al creditore procedente del titolo esecutivo, presupposto e fondamento del diritto ad agire *in executivis*[4].

Non si può ignorare l'ultimo periodo dell'art. 488, comma II, c.p.c. che continua ad attribuire al giudice dell'esecuzione la facoltà di ordinare al creditore procedente l'esibizione del titolo in qualsiasi momento e non solo nelle prime battute del procedimento espropriativo.

In realtà ciò che pare assumere rilievo non è tanto il deposito dell'attestazione di conformità in sé ma il rispetto del termine previsto nell'art. 557 III comma c.p.c. considerato, da parte della giurisprudenza, come perentorio[5]: proprio in questi termini si esprime il Tribunale di Castrovillari nell'ordinanza in commento.

Anteriormente alla riforma del 2014 era invece pacifica la natura meramente ordinatoria del termine ivi previsto[6] e non mancano anche dopo la riforma affermazioni in tal senso[7].

Appare difficile considerarlo invece meramente acceleratorio, tenuto conto della gravità della conseguenza che deriva dal suo mancato rispetto, per lo meno con riferimento al contenuto minimo del fascicolo d'ufficio[8].

Tuttavia non pare pienamente condivisibile la conclusione a cui è giunta la Corte d'Appello di Milano nel provvedimento richiamato poiché l'inefficacia del pignoramento dipenderebbe dalla "*mancata appostazione delle attestazioni di conformità sugli atti depositati all'atto dell'iscrizione a ruolo*"[9]. La conclusione non convince, proprio secondo l'impostazione seguita: l'inefficacia non consegue al mancato deposito dell'attestazione di conformità della copia all'originale all'atto dell'iscrizione a ruolo ma al decorso del termine ritenuto perentorio. Di tal che il creditore procedente ben potrebbe depositare in un secondo momento, ma sempre nel termine previsto dal terzo comma dell'art. 557 c.p.c., le attestazioni. Questa è la conclusione del Tribunale di Pesaro, che ha dichiarato inammissibile l'eccezione d'inefficacia del pignoramento sollevata prima dello spirare del termine normativamente previsto[10].

Occorre chiedersi se il creditore, una volta iscritto a ruolo il

---

[3] Canella, *Novità in materia di esecuzione forzata,* in *Riv. Trim. Dir e Proc. Civ.*, 2015, p. 271 e ss.: "*le modifiche… sono numerose ed importanti, nonostante ancora una volta carenti di un disegno organico*".

[4] Così Cass. III Sez. Civ., 17 marzo 2009 n. 6426: "*in tema di esecuzione forzata, il deposito del titolo esecutivo, prescritto dall'art. 557, comma 2 c.p.c., è volto a consentire al giudice dell'esecuzione di accertare che la parte istante, come affermato nel precetto e nel pignoramento, ha diritto di procedere all'espropriazione*", in Giust. Civ., Mass., 2009, 3, 462.

[5] In questi termini Corte d'Appello di Milano 13 gennaio 2017, cit.

[6] Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico,* Milano, Giuffrè, 2006, p. 567: "*il termine di dieci giorni per depositare il titolo esecutivo e il precetto non ha carattere perentorio, ma ordinatorio*"; così anche Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, Padova, 2014, p. 791; opinione ribadita altresì nell'edizione del 2017, pp. 1266 e ss; in particolare a pagina 1268 si limita l'inefficacia soltanto all'omessa produzione "*nel termine perentorio di legge, degli atti che configurano il "contenuto minimo" del fascicolo d'ufficio*". In giurisprudenza si veda Cass. III Sez. Civ., 17 marzo 2006 n. 5906 in Giust. Civ., Mass., 2006, 5 per la quale "*il deposito del titolo esecutivo e del precetto, onde consentire al giudice di accertare la regolarità formale al fine di procedere all'espropriazione immobiliare, non è soggetto a termine perentorio, sicché non è nulla l'ordinanza di vendita ove tali atti vengano allegati al fascicolo dell'esecuzione in un momento successivo*"; in questi termini si veda anche Cass. III Sez. Civ., 16 dicembre 1997 n. 12.722 in Giust. Civ. Mass., 1997, 2383.

[7] Si veda Tribunale di Avellino, II Sez. Civ., 24 aprile 2018 n. 802 in Redazione Giuffrè, 2019; si veda anche Tribunale di Napoli Sez. XIV, 31 ottobre 2019 in Redazione Giuffrè, 2020.

[8] Soldi, *op. ult. cit.* p. 1268; si veda altresì Canella, *op. cit.*; in particolare l'art. 164 ter delle disposizioni attuative c.p.c. ricollega l'inefficacia dell'atto di pignoramento esclusivamente all'omesso tempestivo deposito della sola nota di iscrizione a ruolo.

[9] Corte Appello di Milano III Sez. Civ., 13 gennaio 2017, cit.

[10] Tribunale di Pesaro, 19 gennaio 2016 n. 42 in Redazione Giuffrè, 2016.

pignoramento e decorso il termine, possa depositare l'attestazione di conformità omessa in precedenza.
Il Tribunale di Pesaro prima[11] ed il Tribunale di Milano successivamente[12] hanno escluso questa possibilità ritenendo che al mancato tempestivo deposito dell'attestazione di conformità delle copie non possa che conseguire l'inefficacia del pignoramento e ciò sul presupposto che «*in difetto dell'attestazione il giudice non ha alcun elemento da cui desumere che il creditore abbia effettivamente il possesso del titolo e sia, pertanto, legittimato all'esercizio dell'azione esecutiva*"[13].
Per contro i fautori della mera irregolarità, con altrettanto rigore, osservano che "*la declaratoria di inefficacia del pignoramento a fronte di un accertamento di un vizio meramente formale dell'atto depositato al momento dell'iscrizione al ruolo appare conseguenza eccessivamente rigorosa nelle ipotesi in cui non vi sia una effettiva contestazione della conformità agli originali da parte del debitore"*[14], argomentando dall'art. 22 del Codice dell'amministrazione digitale che, appunto, attribuisce alle copie fotografiche il medesimo valore degli originali in assenza di specifica contestazione.
Il Tribunale di Bari muove invece dal dato letterale, evidenziando che non vi sia "*tra gli atti da depositare a pena di inammissibilità nel termine prescritto anche l'attestazione di conformità*"[15].
Diversamente il Tribunale di Bologna[16]che pone l'accento sul diritto di difesa del debitore, diritto che non viene leso dall'omessa od incompleta attestazione della conformità all'originale di quanto versato nel fascicolo dell'esecuzione. Diritto che può essere tutelato dal giudice ordinando l'esibizione del titolo in originale, così da poter compiere l'accertamento di conformità della copia.

III. L'incerto confine tra il rigore della forma ed il formalismo

Mentre il secondo comma dell'art. 557 c.p.c. contiene un esplicito riferimento alle copie «conformi», il terzo comma accompagna l'inefficacia del pignoramento al mancato rispetto del termine di deposito omettendo ogni specifico riferimento all'attestazione di «conformità»[17].
Si potrebbe, come peraltro sostenuto, ritenere che le copie di cui al terzo comma dell'art. 557 c.p.c. non siano altro che le medesime copie «conformi» del secondo comma[18]. Invero è agevole osservare che il deposito delle copie prive dell'attestazione di conformità postula la disponibilità dell'originale da cui le stesse vengono tratte. Secondariamente il Giudice, a maggior tutela del debitore esecutato, potrebbe avvalersi della previsione di cui all'art. 488 c.p.c. ordinando l'esibizione dell'originale in udienza così da fugare ogni dubbio in merito. Ed il creditore potrebbe, una volta sollevata la questione dall'interessato ovvero dall'ufficio, provvedervi direttamente.
Per contro la gravità della conseguenza - inefficacia del pignoramento - postulerebbe una maggiore prudenza, privilegiando un approccio letterale per la soluzione della questione o, comunque, attuativo della finalità ultima della previsione. D'altro canto la norma è posta a presidio del corretto susseguirsi del procedimento espropriativo, ma non pare condivisibile l'assunto che vorrebbe risolvere nell'attestazione di conformità resa ai sensi dell'art. 557 ultimo comma c.p.c., l'unica "prova" del possesso del titolo in originale[19] da parte del creditore.
Non si può ignorare che in assenza di un formale disconoscimento della conformità all'originale della copia priva di attestazione prodotta appaia coerente la conclusione a cui è

[11] Tribunale di Pesaro, Ord. 10 giugno 2015, in ilprocessocivile.it, 2016, 5 maggio.
[12] Tribunale di Milano, III Sez. Civ., 29 giugno 2016 in ilprocessocivile.it, fasc. 9 gennaio 2017 con nota di Farina, *Il mancato o tardivo deposito di attestazione di conformità: una nuova fattispecie di inefficacia del pignoramento immobiliare*. Si legge nella motivazione che "*l'attestazione, infatti, costituisce la prova del possesso del titolo esecutivo in capo al creditore*".
[13] Farina, op. cit.
[14] Così Tribunale di Caltanissetta, 1 giugno 2016, in *ilprocessotelematico.it*, fasc. 29 giugno 2016 con nota di Ricuperati, *Iscrizione a ruolo del processo esecutivo: l'attestazione di conformità degli atti da depositare non è indispensabile.*
[15] Tribunale di Bari, 4 maggio 2016, in *ilprocessotelematico.it*, 2016, 24 maggio.
[16] Ord. 22 ottobre 2015 cit.
[17] Gargano, *In mancaza di attestazione di conformità di titolo esecutivo, precetto e atto di pignoramento, il pignoramento è inefficace*, nota Tribunale di Milano, III Sez. Civ., 29 giugno 2016, in *ilprocessotelematico.it*, fasc. 17 ottobre 2016 richiama l'art. 159 ter delle disposizione attuative a rafforzare la conclusione d'inefficacia del pignoramento: "*tale dato è ulteriormente rafforzato dall'art. 159 - ter disp. att. c.p.c. laddove si prevede il deposito di copie conformi da parte del creditore anche in caso di iscrizione a ruolo da parte del debitore"*. Non si può ignorare che l'ultimo periodo dell'articolo in questione esordisce recitando: "*quando l'iscrizione a ruolo ha luogo a norma del presente articolo",* quindi per iniziativa di un soggetto diverso dal creditore. L'eccezionalità della previsione porta a limitare soltanto a questa ipotesi l'obbligo di deposito dell'attesazione, esclusa un'applicazione anologica quando l'iscrizione a ruolo sia eseguita dal creditore.
[18] Così in Tribunale di Milano III Sez. Civ., 29 giugno 2016 cit.
[19] In questi termini Tribunale di Milano, III Sez. Civ., 29 giugno 2016, cit.

giunto il Tribunale di Caltanissetta. Del resto, in assenza di disconoscimento il documento informatico conserva l'efficacia probatoria di cui all'art. 2712 c.c.[20]

Il documento informatico prodotto è da considerarsi conforme all'originale in ossequio al principio di cui all'art. 2719 c.c. in tema di copie fotografiche che appunto prevede, sia pure con libertà di forme, un disconoscimento espresso della conformità all'originale; disconoscimento che per esser ammissibile dovrà essere puntuale e specifico[21], con l'individuazione esatta "*degli aspetti per i quali si assume differisca dall'originale*"[22].

Ma quand'anche vi sia un disconoscimento espresso di conformità dell'originale alla copia, si dovrà comunque consentire al creditore procedente l'esibizione dell'originale proprio per superare l'eccezione avversaria. Meglio: in presenza di uno specifico disconoscimento della conformità della copia all'originale si dovrà applicare la disciplina di cui agli articoli 214 e 215 c.p.c.[23].

Ma qual è l'effettiva utilità della distinzione tra originale e copia di un documento informatico? Autorevole dottrina ha osservato che "*con particolare riferimento ai documenti informatici, infatti, la distinzione fra originale e copia perde la tradizionale rilevanza, e ciò in quanto la copia di un file è di fatto identica all'originale"*[24].

Dal punto di vista della tutela del diritto di difesa del debitore esecutato il giudice dovrà far uso del potere a lui riservato dall'art. 488 comma secondo c.p.c.. D'altro canto il titolo, in originale, rimane nella disponibilità del creditore procedente od intervenuto. E se non si può ignorare che l'introduzione del processo civile telematico ha modificato le categorie processuali attraverso l'introduzione di nuove forme digitali, è doveroso rifiutare "*il rischio di un approccio insensibile alle esigenze di conservazione degli atti del processo comunque utili allo scopo*"[25].

Tralasciando il tema della natura del documento informatico[26], può contribuire a tracciare il confine tra forma e formalismo il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale con la conseguente strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale[27].

Strumentalità ancor più evidente nel processo esecutivo ove l'accertamento del diritto del creditore è già stato compiuto *aliunde*[28].

Argomentando dall'effettività della tutela giurisdizionale appare corretto concludere per l'inammissibilità della mera eccezione d'assenza dell'attestazione della copia all'originale che non sia accompagnata dalla puntuale eccezione di non conformità della copia prodotta all'originale.

Nè si potrà tralasciare l'instaurazione del contraddittorio sul punto; occasione per il creditore di esibire l'originale, magari in uno con la richiesta di verificazione del documento prodotto.

L'effettività della tutela giurisdizionale, sia pure nella prospettiva del processo esecutivo, contribuisce a rimarcare con maggior forza ed evidenza il confine tra rispetto della forma e "formalismo" fine a se stesso.

---

[20] Tribunale di Vicenza, II Sez. Civ. 22 novembre 2016 n. 2013, in *ilprocessotelematico.it*, 3 febbraio 2017.

[21] Nel senso dell'inidoneità del generico disconoscimento a privare la copia d'efficacia probatoria, da ultimo Tribunale di Vicenza 10 settembre 2019 n. 1874, Redazione Giuffrè, 2019.

[22] Corte d'Appello di Ancona, I Sez. Civ., 29 ottobre 2019, n. 1557 in Redazione Giuffrè, 2019.

[23] Cass. II Sez. Civ., 20 novembre 2019 n. 30242 in *Guida al diritto*, 2020, 5, 59.

[24] Comoglio, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive,* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2015, p. 953.

[25] Bonafine, *L'atto di riassunzione del processo nel regime delle forme telematiche di deposito: il sottile limite tra forma e formalismo*, in *Diritto dell'Informazione e dell'informatica*, fasc. 6, 1 dicembre 2017, pp. 755 e ss.

[26] Ritenuto un "*quid novi, che non è né scrittura né oralità… la forma digitale costituisce, dunque, la terza via tra oralità e scrittura*" così Brunelli, *Minime misure di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 2, 2017, pp. 511 e ss.; diversamente Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2015, p. 504 che considera il documento informatico quale variante del documento scritto.

[27] Così Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2013 p. 18 "*a partire da Chiovenda... l'idea della necessaria strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale e, quindi, dell'effettività rispetto al diritto sostanziale e, quindi, dell'effettività della tutela giurisdizionale, soprattutto dopo la Costituzione, si è affermata in modo pervasivo nella cultura giuridica e nella stessa giurisprudenza, fino ad essere elevata a regola fondamentale del processo*"

[28] Luiso, *Diritto processuale civile, III Il processo esecutivo*, Seconda edizione, Milano, Giuffrè, 1999, p. 51: "*si è già detto e occorre ribadire che l'ufficio esecutivo non ha mai il potere di valutare l'esistenza della situazione sostanziale di cui si chiede la tutela, perché lo scopo del processo esecutivo non è quello di accertare, ma di compiere l'attività necessaria per tutelare il diritto, che viene presupposto come esistente".*

LE MISURE DI ORGANIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO

Le misure di organizzazione del procedimento

di Roberto Bonatti

DEL 9 MARZO 2020

Sommario

1. Premesse metodologiche: tre livelli di organizzazione del procedimento
2. Il primo livello: la diversificazione dei riti
3. Il secondo livello: case management e poteri di direzione del giudice
4. Il terzo livello: la collaborazione tra giudice e parti

1. Premesse metodologiche: tre livelli di organizzazione del procedimento

Scopo di questa relazione[1] è capire se ci sono degli strumenti a disposizione del giudice immediati già disponibili per poter organizzare meglio il suo lavoro e di conseguenza per poter catturare in maniera concreta dei principi di efficienza della giustizia nella risoluzione (97 Cost.). Il mio sarà un volo d'aquila e toccherò molti temi senza il tempo di poterli approfondire adeguatamente.

Il tema può essere trattato su tre livelli che ritengo progressivi l'uno dall'altro, cioè tre gradi di intensità nelle misure di organizzazione di un procedimento giudiziario, che lo rendano più rapido e più efficiente: il primo livello è quello della previsione di riti speciali, calati su misura di determinati tipi di controversie; il secondo livello è quello che prevede l'introduzione in qualsiasi tipo di procedimento, a prescindere dal rito che si applica, di istituti che consentano al procedimento di essere flessibile e di adattarsi non al tipo di caso ma al singolo caso concreto; il terzo livello, il più evoluto dei tre, è quello della cooperazione tra giudice e parte.

2. Il primo livello: la diversificazione dei riti

Partiamo dal primo perché è il più semplice e il più intuitivo: come si potrebbe rendere il procedimento più efficiente? La risposta parrebbe semplice: se ne inventa uno nuovo che si differenzi da quello ordinario e che grazie a questa differenziazione sia in grado di ottenere risultati migliori. Non è però questa una soluzione né particolarmente innovativa[2] né sempre del tutto efficace.

Questo livello è quello che sembra essere stato più ampiamente battuto dal legislatore italiano che ha introdotto riti speciali ormai numerosissimi; anzi, il problema adesso è quello di razionalizzarli perché sono davvero troppi[3]. Certo, è un meccanismo che può funzionare; a patto però di comprendere con precisione quali siano le esigenze di ciascun rito e di ciascun tipo di controversie. Quindi, la questione è duplice: prima occorre comprendere quali sono i tipi di controversie che hanno bisogno di un rito speciale; il secondo ed immediatamente conseguente è determinare in base a quali criteri esse vadano selezionate. Intuitivamente, i criteri sembrano essere due: la materia in cui il contenzioso si svolge ed il valore del contenzioso stesso.

Ecco, allora, applicando il primo criterio, l'esempio più autorevole: il rito del lavoro (primo rito speciale di un certo rilievo)[4] è stato introdotto proprio per rendere più efficiente e più rapida la giustizia del lavoro, ipotizzando che la materia del lavoro fosse una materia particolarmente sensibile e che avesse bisogno di un processo particolarmente accelerato. Il rito del lavoro funziona ancora in questo senso.

Vi sono però molti altri riti speciali introdotti con questo

[1] Si tratta del testo, rivisto e corredato di note, della relazione svolta al convegno dal titolo "Il tempo nel diritto, il diritto nel tempo" tenutosi a Ravenna il 14 e 15 marzo 2019 e destinato alla pubblicazione tra gli atti del convegno stesso.

[2] In fondo anche il richiamo chiovendiano ai principi di oralità, concentrazione ed immediatezza era null'altro che un rito speciale rispetto a quello ordinario.

[3] Tentativo operato ad esempio con il d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

[4] Mi riferisco in questa sede al rito del lavoro come rito speciale, esclusivamente per indicare che il procedimento è differente rispetto al rito ordinario di cognizione.

obiettivo e secondo questo schema: i più recenti esempi in questo senso sono il rito sommario di cognizione[5] ed il rito camerale in Cassazione. Con riguardo a quest'ultimo, la riforma del 2016 ha perseguito proprio la finalità di rendere più snella, più rapida e, auspicabilmente, più efficiente la fase decisoria davanti alla Corte di Cassazione in una serie di controversie che si presume non richiedano particolari attenzioni, tanto che si presume non richiedano la discussione orale delle parti. Allo stesso modo, nella giustizia amministrativa il c.d. rito speciale sugli appalti è un rito accelerato che consente di risolvere una controversia in primo e secondo grado (quindi arrivare al giudicato, salvo il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione) in un tempo che varia tra i cinque e i dodici mesi. Si tratta di un buon risultato, ottenuto con la tecnica della previsione di un rito speciale. Nel c.p.a. tutti i riti speciali (sul silenzio, in materia di accesso ai documenti) sono finalizzati a strutturare un rito più rapido per taluni tipi di controversie.
Quanto al valore, mi limito solo ad elencare: i procedimenti di competenza del giudice di pace (che comunque sono determinati anche in base a criteri di materia); soprattutto, il regolamento europeo sulle controversie di modesta entità, che ha un rito speciale proprio per controversie che abbiano un valore al di sotto dei 5.000 euro[6].
L'inconveniente di questo primo livello è quello di capire se tutte le controversie di un certo tipo abbiano davvero necessità di un rito speciale oppure no.
Questo livello, in effetti, è diffuso in modo più o meno intenso in tutti gli ordinamenti (Francia, Inghilterra sono famosi per avere già da tempo previsto rispettivamente il *contrat de procédure* ed il *fast track*, ossia esattamente la possibilità di incanalare la controversia in un binario più o meno veloce a seconda di come la controversia appare importante, difficile, ecc.)[7]. In quegli ordinamenti, però, la scelta è fatta dopo l'introduzione della causa, dopo la domanda; ed è operata dal giudice e non è predeterminata dalla legge. In altri termini, il giudice - dopo aver sentito le parti e "collaborato" con le stesse - stabilisce in quale binario la singola controversia verrà esaminata.
Nel nostro ordinamento, invece, questa situazione si verifica in modo diverso: per esempio, nel rito sommario di cognizione la scelta del rito è della parte attrice, che ritiene più opportuno utilizzare un rito che dovrebbe essere semplificato. Il giudice ha solo un potere di controllo di questa scelta, che si concretizza nella possibilità di mutare il rito verso il rito ordinario anche se spesso il giudice accetta la scelta della parte, forse anche solo perché non è abituato a ragionare come se avesse a disposizione ancora i due binari, quello sommario e quello ordinario a cognizione piena e fosse lui a dover scegliere in quale dei due incanalare la causa[8].
La soluzione italiana non è dunque esattamente in linea con le soluzioni adottate da altri ordinamenti che hanno maggiormente utilizzato questo livello.

3. Il secondo livello: case management e poteri di direzione del giudice

Spostiamoci ora al secondo livello: quello degli strumenti che, a prescindere dal rito applicato, consentono una serie di miglioramenti organizzativi interni al procedimento. Si parla molto e da tempo di introdurre meccanismi di flessibilità nel processo, evidentemente perché il bisogno di flessibilità nel processo è fortemente avvertito[9]. Tuttavia, se si ricercano nelle norme di diritto positivo l'esistenza di strumenti di flessibilità è facile accorgersi che questi strumenti già ci sono e non c'è bisogno di ulteriori riforme (certo, alcuni di essi potrebbero essere migliorati; così come si potrebbero immaginarne di nuovi).
Una rapida carrellata: l'art. 183, comma 4, sulle questioni ri-

[5] Biavati, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 185 ss.
[6] La bibliografia al riguardo è imponente: mi limito in questa sede a rimandare a D'Alessandro, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità,* Torino, 2008; Pozzi, *Il rito bagatellare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 611 e ai riferimenti bibliografici ivi contenuti.
[7] In generale, su questi temi, v. Lupoi, *Tra flessibilità e semplificazione*, Bologna, 2018, p. 16 ss.; Ficcarelli, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 91 ss.
Sul processo inglese: Andrews, *The modern civil procedure*, Tübingen, 2008, 25 ss.; Id., *A new civil procedural code for England: party-control «going, going, gone»*, in *Civil Justice Quarterly*, 2000, p. 25 ss.; Zuckermann, *Adjudication of civil dispute: a mismanaged public service*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, supplemento, p. 123; Jolowicz, *Il nuovo ruolo del giudice del pre-trial*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1263 ss.; Passanante, *Processo civile inglese*, in *Enc. dir. annali*, III, p. 969 ss.; Dondi , *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 530 ss.
Sul processo francese: Cadiet, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1305 s.; Canella, *Gli accordi processuali francesi volti alla regolamentazione collettiva del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 549 ss.
[8] Per tutti, Biavati, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 752 ss.
[9] Cadiet, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. franç. admin. publique*, 2008, p. 133 ss., secondo cui la flessibilità può essere perseguita anche attraverso misure di deformalizzazione, intese come l'assottigliamento delle regole processuali da parte degli attori del processo o dalla legge stessa; Ansanelli, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 343 ss. ; Biavati, *Appunti* introduttivi, cit., p. 185 ss.

levabili d'ufficio, consente al giudice di individuare d'ufficio delle questioni di cui ritenga opportuna la trattazione fin dalla prima udienza; se a questa norma fosse attribuita piena rilevanza pratica certo il processo sarebbe più efficiente perché fin da principio le parti hanno la possibilità di sviluppare il contraddittorio su queste questioni. Cosicché, sebbene questa norma sia stata introdotta per evitare le c.d. decisioni di terza via[10], la collocazione temporale di questa verifica è significativa dell'importanza di effettuare in quella prima fase iniziale, nella prima udienza, una verifica sull'esistenza di eventuali questioni rilevabili d'ufficio che le parti abbiano trascurato nei propri scritti difensivi introduttivi. Chiaramente, se questa verifica venisse fatta in un momento successivo sarebbe pur sempre ammissibile ed opportuna ma al costo di perdere tempo prezioso.

Sempre nell'art. 183 c.p.c., l'ordinanza fuori udienza sull'ammissione dei mezzi di prova: è una facoltà del giudice, che manifesta l'esistenza di uno strumento di flessibilità che consente di risparmiare una udienza. Rimane però una norma poco applicata. La decisione in forma orale ex art. 281 *sexies* c.p.c. consente anche in questo caso di risparmiare una parte della fase decisoria.

Due sono gli strumenti esistenti che sono al contempo quelli meno utilizzati e quelli che, a mio avviso, sarebbero invece i più utili. Il primo è rappresentato dal calendario del processo, sul quale si è discusso e scritto molto[11] ma non è stato grandemente applicato. Se nel processo penale il calendario è uno strumento effettivamente impiegato, nel processo civile invece esso è sostanzialmente utilizzato solo da una netta minoranza di giudici che intendono in questo modo gestire la propria organizzazione del lavoro, e non quella del singolo processo. Invece, le potenzialità del calendario del processo non sono limitate ad una migliore organizzazione dell'agenda del magistrato ma sarebbero invece molto utili anche alle parti, che possono conoscere con un sufficiente margine di precisione quando finirà il processo[12]. La possibilità di programmazione è un elemento non trascurabile nell'ottica delle parti[13], che può avere notevoli implicazioni sia sulla strategia difensiva sia sull'appetibilità o meno dello strumento del processo giurisdizionale.

Il secondo è rappresentato dagli artt. 127 e 175 c.p.c. che individuano i poteri di direzione del giudice, sia dell'udienza sia dell'intero procedimento. Si tratta di due norme molto sintetiche ma ciò non significa che siano meno significative[14] e sarebbe sufficiente, a volte, applicarle. Norme di questo tipo esistono peraltro in molti ordinamenti europei ed anzi sono state nel tempo intensificate[15].

Secondo una parte della dottrina, questo livello rappresentato dalle misure di flessibilità del processo sarebbe pericoloso, perché finirebbe per indebolire il principio di legalità e di riserva di legge nella materia processuale: se al giudice fosse riconosciuto un eccessivo potere nell'identificazione e nella decisione di quale rito utilizzare per decidere una determinata controversia o come organizzare il processo, il rischio sarebbe quello di una imprevedibilità o addirittura una schizofrenia nella gestione del processo, con l'individuazione di regole diverse da caso a caso e l'incertezza che ne deriverebbe per le parti stesse.

4. Il terzo livello: la collaborazione tra giudice e parti

Il terzo livello è, purtroppo, quello meno sviluppato in Italia: la collaborazione e cooperazione tra giudice e parti resta ancora per noi abbastanza strana; eppure non dovrebbe essere così[16].

---

[10] De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 284, ricorda che la norma, in realtà, codifica un orientamento già espresso dalla giurisprudenza della Cassazione, ed inaugurato da Cass. 21 novembre 2001, n. 14637; sebbene tale posizione abbia all'epoca diviso la miglior dottrina tra chi, come Luiso, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1612, ne ha evidenziato e condiviso la portata innovativa e chi, come Chiarloni, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo nelle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 1363, ne ha criticato gli inconvenienti.

[11] Zucconi Galli Fonseca, *Il calendario del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1393 ss.; Pagni, *Art. 81 bis disp. att. c.p.c. - calendario del processo*, in *NLCC*, 2010, p. 1167 ss.; Ghirga, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 166 ss.; Della Pietra, *Le modifiche alla trattazione e all'istruzione nell'ultima novella del processo civile*, in *Dir e giur.*, 2009, p. 236 ss.; Picozza, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1652 ss.; Salvaneschi, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1578.

[12] Secondo Balena, in Chizzini-Menchini-Caponi- Balena, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 213 ss., accanto a questa finalità occorre riconoscere anche quella di adattare i tempi alla specificità della singola controversia.

[13] Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, p. 1395.

[14] Come molte delle norme originarie del codice, si esauriscono in poche ma significative ed esaustive regole.

[15] De Cristofaro, *op. cit.*, p. 288 ss.;

[16] Lupoi, *op. cit.*, p. 15 s.; van Rhee, *Case management in Europe: a modern approach to civil litigation*, in *Int. Journ. of Procedural Law*, 2018, I, p. 65 ss., spec. p. 74 ss.; Trocker, *Poteri del Giudice e diritto delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010, p. 177; Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 584 ss.

Per esempio, è utile ricordare che nel processo davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea storicamente vi sono previste le misure di organizzazione del procedimento: si chiamano esattamente così ed hanno ispirato il titolo di questo mio contributo. I regolamenti di procedura della Corte e del Tribunale parlano di misure di organizzazione del procedimento, per esempio, con riferimento alla possibilità che la Corte o il Tribunale hanno di chiedere alle parti prima dell'udienza dei chiarimenti e di sottoporre alle parti dei quesiti a cui rispondere oralmente in udienza, oppure ancora sollecitare le parti a discutere in udienza di specifici aspetti e questioni della causa e non di altro (evidentemente già chiaro dagli scritti difensivi), in modo che la discussione orale possa davvero essere utile anche al giudice per dissipare i dubbi residui su taluni aspetti della controversia sui quali la Corte ritiene che lo scambio delle memorie scritte non abbia raggiunto la chiarezza necessaria per decidere. Inoltre, senza nemmeno porsi troppi problemi di rispetto del principio del contraddittorio (che è comunque rispettato nella successiva udienza di discussione), la Corte abitualmente pone quesiti non a tutte, ma solo ad alcune parti, oppure comunque diversifica i quesiti da porre ad una parte e all'altra.

Sempre dal processo davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, si possono ricordare le istruzioni agli avvocati[17] che organizzano le fasi scritta, orale e di udienza del processo: le parti sanno come comportarsi e la Corte sa cosa aspettarsi dai difensori delle parti e dal comportamento processuale in generale. In Italia ci si limita a chiedere agli avvocati la sinteticità[18], come accade nel codice del processo amministrativo; si sanzionano le parti che superano i limiti dimensionali nel numero di pagine scritte negli atti processuali; si stabiliscono protocolli (i c.d. osservatori) all'interno dei Tribunali e delle Corti d'Appello, su specifiche problematiche territoriali nella gestione e nell'organizzazione dei processi[19].

Manca però un livello generale di approfondimento di questo strumento. Ecco allora che se il problema da cui sono partito è quello dei tempi nel processo, per verificare quali sono gli strumenti per semplificare ed ottimizzare il processo anche sotto il profilo della sua durata, la conclusione del ragionamento ci porta piuttosto sul rapporto opposto, quello cioè del processo nel tempo e - paradossalmente - a concludere con una citazione piuttosto risalente. Voglio dire che la cooperazione tra giudice e parti non è affatto un concetto nuovo: ne parlava già Calamandrei nel 1941[20]. È solo attraverso uno sforzo reciproco tra giudice e parti che il processo può funzionare meglio. Le parti non possono vedere il giudice come il direttore dell'orchestra e il giudice non può considerare le parti come le mere esecutrici di atti e attività processuali: giudice e parti devono invece parlarsi, nel processo e sul processo.

[17] Che dal punto di vista delle fonti non è propriamente una fonte normativa, ma parificabile ad una raccolta di suggerimenti e di consigli che la Corte fornisce agli avvocati per rendere più proficua l'attività, scritta e orale, da svolgere nel procedimento.

[18] La richiesta non è peraltro né un suggerimento né un consiglio, perché è imposta per legge ed è dunque un obbligo che le parti hanno verso il giudice. Questa differenza forza i rapporti tra giudice e parti, perché non li fonda sulla cooperazione e collaborazione ma su diritti e doveri, così come snatura la funzione per così dire educativa che uno strumento non vincolante invece può perseguire appieno.

[19] Sui quali v. Graziosi, *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli di udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 188 ss.; Sciacca, *Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacità organizzativa del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 643 ss.; Miccioli-Sciacca, *Managerialità giudiziaria e programmi di gestione dei procedimenti civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 401 ss. Peraltro, vi è chi dubita dell'effettiva utilità di questi strumenti: v. per es. Braccialini, *Le prassi virtuose al bivio tra metodo e inutilità*, in Gilardi (a cura di), *Processo e organizzazione: le riforme possibili per la giustizia civile*, Milano, 2004, p. 85 ss.

[20] Calamadrei, *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile, due dialoghi*, Firenze, 1941.

IL PROCEDIMENTO DELLA CRISI MATRIMONIALE/GENITORIALE

Il procedimento della crisi matrimoniale/genitoriale: prospettive de jure condendo

Di Michele Angelo Lupoi

DEL 11 MARZO 2020

Sommario

1. Un'introduzione polemica
2. Una sorta di chimera: il Tribunale per la famiglia
3. A favore di una più estesa degiurisdizionalizzazione
4. Per un nuovo procedimento "unitario" sulla crisi genitoriale/matrimoniale
5. Il problema del riesame dei provvedimenti provvisori e urgenti
6. Profili istruttori
7. Il problema dell'effettività della tutela
8. Conclusioni

1. Un'introduzione polemica

Parlare di riforme del processo civile in generale e del processo di famiglia in particolare rischia di essere un esercizio futile, considerata la volatilità delle proposte di legge che periodicamente si affacciano sulla scena, soprattutto nell'incerto momento storico-politico che il nostro paese sta vivendo. Il senso di futilità diviene maggiore se si considera che il d.d.l. governativo n. 1662, sull'efficienza del processo civile, attualmente in discussione al Senato, non si occupa del contenzioso in materia familiare.

D'altro canto, la domanda che ci si può porre, a questo riguardo, è se, effettivamente, vi sia bisogno di una riforma del procedimento della crisi matrimoniale / genitoriale, in particolare dopo le riforme degli anni 2005-2006 le quali, pur con molti limiti, hanno introdotto importanti elementi di razionalizzazione nel procedimento di separazione e di divorzio, e quelle degli anni 2012-2013, in materia di filiazione, con importanti "ricadute" in ambito procedimentale[1].

La tentazione di dare risposta negativa a tale domanda è forte, se non altro per un senso di stanchezza rispetto alle continue modifiche che il legislatore apporta alle regole del processo civile, alla ricerca del sacro Graal del procedimento più veloce (e competitivo) possibile e alle girandole normative che, a volte, non consentono neppure di verificare l'operatività di una nuova disciplina prima che sia sostituita da una ritenuta "più efficiente".

L'esperienza, in effetti, dimostra (e lo sanno tutti, tranne, apparentemente, il legislatore...) che cambiare le regole procedimentali, di per sé non serve a nulla, senza interventi strutturali sulla "macchina" della giustizia civile. Ma interventi strutturali richiedono impegni finanziari che lo Stato, a quanto pare, non si può o non si vuole permettere: premere l'acceleratore sulle modifiche del codice di rito consente, allora, di fare promesse a costo zero ai cittadini e alle istituzioni internazionali[2]. Cosa importa se poi si tratta di promesse che si sa di non potere mantenere?

Pur con tale premessa polemica, in questo intervento, se non altro per amore di speculazione scientifica, proverò a prospettare alcune riforme del procedimento della crisi matrimoniale-genitoriale che, a mio avviso, sono opportune, pur nella consapevolezza che ciascuno abbia la sua ricetta per il "processo perfetto" e che tale obiettivo, come la linea dell'orizzonte, tende ad allontanarsi mentre sembra di avvicinarvisi.

In tale analisi *de iure condendo*, non prenderò come punto di riferimento specifico nessuno dei molteplici disegni di legge che, negli ultimi anni, sono apparsi sulla scena parlamenta-

[1] Si tratta del testo dell'intervento al convegno "Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?", organizzato a Catania, 13-14 dicembre 2019.
[2] In materia, rinvio al mio *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1289 ss.

re, per essere travolti dalla fine della legislatura o dal cambio di maggioranza di governo. Inevitabilmente, però, ad almeno alcuni di essi farò accenno nella mia esposizione.

2. Una sorta di chimera: il Tribunale per la famiglia

L'ambito più problematico di questo settore della giustizia civile è, probabilmente, quello della competenza che, come noto, in materia di rapporti tra genitori e figli, si ripartisce tra organi giudiziari diversi, in alcuni casi senza precise linee di confine (come nel caso delle attribuzioni del Giudice tutelare rispetto a quelle del giudice della separazione o del divorzio, a seguito dell'introduzione dell'art. 709 *ter* c. p. c.).

Rispetto a tale frammentazione, le riforme del 2012-2013 hanno portato importanti innovazioni sul piano della concentrazione delle tutele, con la riscrittura dell'art. 38 disp. att. c. c. e l'introduzione di una competenza «per attrazione» a favore del giudice ordinario chiamato a pronunciarsi sulla separazione, il divorzio o la responsabilità genitoriale[3]. All'epoca, mi espressi a favore di tale ampliamento della competenza del Tribunale ordinario e della corrispondente riduzione dell'ambito della competenza civile del Tribunale per i minorenni e oggi mi sento di confermare tale giudizio positivo, sul piano di una maggiore valorizzazione del principio di prossimità, della riduzione dei tempi e della maggiore garanzia del giusto processo.

Anzi, proprio alla luce di tale bilancio positivo, appare a mio avviso opportuno portare alle estreme conseguenze il cammino cominciato nel 2012 e arrivare alla soppressione delle competenze civili per il Tribunale per i minorenni, con la concentrazione di tutte le competenze in ambito civile in materia di famiglia e minori in capo ad un giudice unico specializzato.

In effetti, da tempo risalente, nel contenzioso familiare è attuata la c.d. tutela differenziata dei diritti, alla cui stregua i procedimenti in questo ambito sono sottoposti a regole processuali più adeguate, rispetto a quelle ordinarie, per offrire una tutela efficiente ed efficace ai diritti e agli interessi in gioco, in particolare, quello dei minori[4].

In tale contesto, da più di 50 anni, si parla della specializzazione del giudice "di famiglia"[5]. Le soluzioni e i "nomi" proposti per tale giudice specializzato sono mutati nel corso degli anni ma ancora non si è approdati a un risultato concreto.

Il disegno di legge Orlando, nella scorsa legislatura, aveva proposto la creazione di un Tribunale della famiglia e della famiglia[6]. Per alcuni mesi è sembrato che tale proposta avesse concrete possibilità di giungere in porto[7], ma, dopo l'approvazione alla Camera il 10 marzo 2016 e il passaggio al Senato[8], la legislatura è finita e i nuovi governi hanno avuto altre priorità, anche nel contesto del diritto di famiglia. In effetti, oggi di Tribunale della famiglia non si sente parlare, anche se in Parlamento giace almeno una proposta di legge sulla creazione di sezioni specializzate per la tutela dei diritti dei minori e della famiglia[9].

In effetti, tutti gli osservatori sembrano favorevoli alla creazione di un "Tribunale della famiglia". Ma sembra che in Italia, quando tutti sono d'accordo sulla necessità di una riforma, tale riforma non vedrà mai la luce e anche il giudice specializzato in materia di famiglia sembra ormai prigioniero di questa surreale incapacità politica di trasformare in realtà progetti ampiamente condivisi, almeno a livello di enunciazione di principio (ma il diavolo, come si sa, è nei dettagli).

In effetti, il d.d.l. Orlando, pur dopo alcuni ritocchi rispetto alla versione originaria, proponeva una riforma abbastanza macchinosa, giungendo ad individuare tre diversi ambiti di operatività del Tribunale per la famiglia ivi proposto. Il d. d.l. 2953, in particolare, nella versione originale, conservava il Tribunale per i minorenni ed introduceva le sezioni specia-

---

[3] In effetti, anche l'art. 16 del d.d.l. n. 1662 menzionato nel testo, alla rubrica "*Disposizioni finanziarie*", al comma 1, disponeva: "Dall'attuazione della presente legge e dei decreti legislativi da essa previsti non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica."

[4] V., tra gli altri, Montaruli, *Il nuovo riparto di competenze tra giudice ordinario e minorile*, in *Dir. fam.*, 2013, p. 1035; Poliseno, *Il nuovo riparto di competenza per le controversie in tema di filiazione e il rito applicabile*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 543; Proto Pisani, *Note sul nuovo art. 38 disp. att. c. c. e sui problemi che esso determina*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 126; Querzola, *La revisione delle norme in materia di filiazione: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 181; Casadonte, *La sezione specializzata per la famiglia. L'occasione da non perdere sulla strada già intrapresa della concentrazione delle tutele*, in *Questioni giustizia*, 2015, fasc. 4, p. 105.

[5] Sulle ragioni sottese a tale tutela giurisdizionale differenziata v., di recente, Cecchella, *Tribunale della famiglia, emendamento Cnf e prospettive di riforma*, in *www.osservatoriodifamiglia.it*, p. 1.

[6] V. al riguardo Danovi, F., *Competenza o competenze? (Verso una riforma del giudice della famiglia)*, in *Dir. fam.*, 2016, II, p. 293. Sui tentativi "falliti" di inizio XXI secolo, v. Mazza Galanti, *Luci e ombre del disegno di legge che riforma l'ordinamento giudiziario minorile e familiare*, in *Quest. giust.*, 14 marzo 2016, p. 1. È in effetti del 1970 il volume *Prospettive per una concreta realizzazione del Tribunale della famiglia. Atti del convegno di studio tenutosi a Bologna il 3 e 4 maggio 1969*, Imola. Tra i contributi ivi pubblicati mi piace ricordare quello di Carpi, *Aspetti processuali del Tribunale della famiglia*, p. 79 ss.

[7] In materia, v. ad esempio, Casadonte, *op. cit.*, p. 104; Danovi, F., op. cit., p. 295 ss.; Querzola, *op. cit.*, p. 1505 ss.

[8] Mazza Galanti, *op. cit.*, p. 1, scriveva "la soppressione del Tribunale per i minorenni (...) sembra ormai cosa fatta".

[9] Come disegno di legge n. 2284, "Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile".

lizzate per la famiglia e la persona, prevedendo tre possibili composizioni per il relativo 'organo giudicante: monocratica, collegiale e collegiale con l'affiancamento di tecnici specializzati. Il testo infine approdato al Senato prefigurava, da un lato, l'abrogazione del Tribunale per i minorenni (con forti reazioni negative da parte di avvocatura e parte della magistratura, per timore di perdere la specializzazione del giudice), dall'altro la creazione di un Tribunale della Famiglia, organizzato di sezioni specializzate circondariali e distrettuali, dotate di competenze diverse.

Con il più classico dei compromessi, si prospettava di cambiare tutto per cambiare in realtà meno di quanto si sarebbe potuto. Si parlava, in effetti, di unificazione delle competenze e della valorizzazione del principio di prossimità, ma, da un lato, si prospettavano due diverse tipologie di sezioni specializzate all'interno del medesimo Tribunale, con competenze per materia e per territorio differenti, dall'altro si accentravano nelle sezioni distrettuali alcuni importanti tipologie di procedimenti senza alcuna garanzia di vicinanza territoriale tra il giudice e le parti interessate. In particolare, non erano garantite specializzazione ed esclusività di funzioni nelle sezioni circondariali.

In effetti, un intervento in questa materia cammina sulla linea sottile che separa due principi contrastanti: da un lato, il principio di prossimità, che garantisce la compenetrazione del giudice nel territorio, avvicinando il cittadino alla giustizia, dall'altro, il principio di specializzazione che si fa fortemente sentire, in particolare rispetto ad ambiti specifici, come quello della sottrazione internazionale dei minori. E così, nei Tribunali più piccoli, che pure svolgono una funzione fondamentale sul territorio, è difficile se non impossibile dedicare un numero sufficiente di magistrati esclusivamente ai procedimenti in materia di famiglia.

A mio parere, un intervento di riforma in questa materia dovrebbe in primo luogo prevedere la soppressione Tribunale per i minorenni, almeno per quanto ne riguarda le competenze civili[10], in quanto espressione di una visione "pubblicistica" ormai superata e con una "distribuzione" sul territorio che, da un lato, lo sovraccarica di lavoro (tendenzialmente, attirando tutto i procedimenti a livello regionale), dall'altro, non risponde al principio di prossimità.

Si deve, piuttosto optare per la concentrazione di tutte le competenze civili in un unico organo giudiziario, cercando di valorizzare al massimo le professionalità e, appunto, la prossimità[11].

Tale opzione, a ben vedere, non è scontata. Ci si può in effetti chiedere se la concentrazione delle tutele sia davvero opportuna, considerata l'eterogeneità dell'area della giustizia minorile e del contenzioso familiare in senso lato[12]. A mio parere, a tale dubbio si deve dare risposta positiva, attese le strette connessioni e le interrelazioni tra tutti i profili giuridici che possono riguardare la vita di una famiglia, come ben dimostra anche la competenza "per attrazione" a favore del Tribunale ordinario prevista dal legislatore del 2012 e i dubbi interpretativi che tale innovazione ho implicato e le problematiche derivanti dalla persistente possibilità che continuino a pendere, rispettivamente avanti al Tribunale ordinario e al Tribunale per i minorenni, procedimenti concorrenti relativi, sotto profili diversi ma connessi, agli stessi minori.

Certo, l'organo giudiziario "unitario" di cui si prospetta la creazione avrebbe un'area di operatività molto ampia, che dovrebbe, a mio avviso, assorbire, tutte le competenze attualmente riconosciute al Tribunale ordinario, all'Ufficio del Giudice tutelare e al Tribunale per i minorenni. Si tratterebbe, in altre parole, di un giudice non solo minorile, ma, in generale, della famiglia, dei minori e della persona[13].

A questo punto, si pone il dilemma tra la creazione di un organo giudiziario autonomo ovvero di una sezione specializzata dei Tribunali ordinari[14]. Alcuni, invero, propendono per seguire il modello della Magistratura di sorveglianza, con abbandono del modello del Tribunale sezione lavoro[15]. A mio avviso, va esclusa la creazione di un organo giudiziario autonomo, sia per evitare incompatibilità costitu-

[10] Il riferimento è al d.d.l. 306, presentato in Senato a iniziativa della senatrice Binetti, recante il titolo: "Istituzione di sezioni specializzate del tribunale e della corte d'appello per la tutela dei diritti dei minori e della famiglia".

[11] In questo senso Danovi, F., *op. cit.*, p. 299. Contro la soppressione del Tribunale per i minorenni, soprattutto in ambito penale, v. il comunicato dell'Unione nazionale delle Camere minorili, del 25 febbraio 2016, in *www.camereminorili.it*. Per una posizione critica rispetto alla proposta di soppressione dei Tribunali e delle Procure per i minorenni e l'introduzione di sezioni specializzate per la persona, la famiglia e i minori, v. il Comunicato dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia, del 20 febbraio 2016. Per una presa di posizione preoccupata rispetto alle problematiche organizzative e logistiche della soppressione del Tribunale per i minorenni v. Mazza Galanti, *op. cit.*, p. 4, il quale auspicava, rispetto al d.d.l. Orlando, la creazione delle Sezioni specializzate per la famiglia "sul modello della Sezione lavoro".

[12] Ruo, *Un giudice unico, la riforma valida per il diritto minorile*, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 49-50, p. 12, scrive: "La riforma deve configurare un unico giudice, specializzato, il più possibile prossimo" che concentri competenze civili e penali.

[13] Prospetta dubbi al riguardo, Danovi, F., *op. cit.*, p. 275, il quale, peraltro, giunge a superare tali dubbi, prospettando la necessità di raggruppare "in seno a un unico organo" tutte le competenze relative al contenzioso della famiglia e delle persone

[14] Danovi, F., *op. cit.*, p. 301

[15] V. Danovi, F., *op. cit.*, p. 297, che propende per la seconda opzione, maggiormente compatibile con quanto previsto dall'art. 102, comma 2, Cost.; Querzola,

zionali, sia per evidenti considerazioni di budget, non essendo sostenibile, sul piano economico, un'articolazione diffusa sul territorio di tale organo autonomo.
La dimensione territoriale da privilegiare, infatti, mi pare quella circondariale[16] il che, a mio avviso, impone di optare per la creazione di una sezione specializzata all'interno dei Tribunali ordinari. Considerata l'ampiezza delle competenze di tale sezione specializzata, mi pare possibile concepirne la creazione in ogni tribunale ordinario, anche se non in tutti sarà possibile «dedicare» alla stessa un adeguato numero di giudici. D'altro canto, a tale sezione potrebbero essere attribuite competenze sia collegiali (come regola) sia monocratiche (ad esempio, per le attuali funzioni del Giudice tutelare o per l'attività di attuazione dei provvedimenti in materia di minori)[17]. Tenderei, per contro, a limitare al minimo le eventuali competenze di tale istituenda sezione a livello distrettuale, con rfierimento ai casi più delicati e che richiedano più elevati livelli di specializzazione, come le adozioni e le sottrazioni internazionali di minori.
Si dovrà affrontare il delicato tema del ruolo di giudici laici in tale sezione specializzata[18]. Il dubbio è se il loro coinvolgimento, in sede istruttoria e, soprattutto, decisoria sita tuttora opportuno. L'esperienza del Tribunale ordinario, che ha ormai estese competenze in ambito minorile, mi porta a dire che di tale ruolo si possa in effetti fare a meno, in particolare in funzione decisoria. Ciò non vuol dire che la sezione specializzata non debba avvalersi di competenze diverse da quelle giuridiche, così rilevanti nel contesto di riferimento: si deve però a mio avviso valorizzare, *de iure condendo*, la valorizzazione di tali competenze avvalendosi delle norme in materia di ausiliari del giudice[19].

3. A favore di una più estesa degiurisdizionalizzazione

Un ulteriore settore nel quale sarebbe possibile (anzi doveroso) fare ulteriori interventi è quello della degiurisdizionalizzazione. Sono contrario alla obbligatorietà della mediazione in materia famiglia / minorile e, in particolare, alla proposta di introdurla come condizione di procedibilità contenuta in un noto recente disegno di legge. A tacere da qualsiasi altra considerazione, sembra, in effetti, inaccettabile, che il Presidente del Tribunale non possa pronunciare i provvedimenti provvisori ed urgenti ai sensi dell'art. 708 c. p. c. se le parti non abbiano preventivamente esperito il tentativo obbligatorio di mediazione. Considerato che si sta valutando l'ipotesi di rendere facoltativa la mediazione anche nella materia civile e commerciale, appare davvero come una forzatura ideologica inserire la mediazione obbligatoria nel contesto che ci riguarda. Senza considerare che il d. d. l. in questione non sembra essersi preoccupato di prevedere la medesima condizione di procedibilità anche nei procedimenti che riguardano i genitori non coniugati.
Resto pure perplesso rispetto all'ipotesi di introduzione di quello che nel medesimo d. d. l. viene chiamato "coordinatore genitoriale" e al quale verrebbe attribuita addirittura la competenza a risolvere controversie (non si sa quanto in conformità all'art. 24 Cost., considerato che l'accordo di incarico, a quanto sembra, non si riferisce ad una controversia specifica ed appare dar vita ad un rapporto "di durata" da cui non si comprende se e come le parti si possano eventualmente svincolare).
L'intervento da me auspicato è relativo, piuttosto, alla negoziazione assistita in ambito matrimoniale, introdotta del d. l. 132 del 2014[20] e che sembra avere avuto un discreto successo nella prassi, garantendo tempi più rapidi (almeno rispetto ai Tribunali più lenti nella fissazione delle udienze di comparizione delle parti nei procedimenti di separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta) e maggiore *privacy* per i coniugi.
Tale modalità di soluzione degiurisdizionalizzata delle controversie dovrebbe essere estesa anche ai rapporti tra genitori non coniugati, con riferimento agli accordi in merito alla responsabilità genitoriale e al mantenimento della prole (anche maggiorenne).
Seppure, in queste situazioni, non si pongano questioni di stato, l'impossibilità per le coppie non coniugate di fare ricorso a tale strumento appare sinceramente discriminatorio rispetto al trattamento delle coppie (ex) coniugate.

Il processo familiare nel d.d.l. di riforma del rito civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1507.

[16] V. il comunicato stampa dell'Associazione dei magistrati per i minorenni e per la famiglia del 14 luglio 20916. Su queste prospettive, v. Cecchella, *L'emendamento CNF alla riforma del processo di famiglia*, in *L'osservatorio sul diritto di famiglia*, 2017, p. 12 ss.

[17] In questo senso anche Cecchella, Tribunale *della famiglia, emendamento Cnf e prospettive di riforma*, cit., p. 11.

[18] Per Querzola, *Il processo familiare nel d.d.l. di riforma del rito civile*, cit., p. 1509, peraltro, con riferimento al d.d.l. Orlando, "sarebbe stato preferibile (...) prevedere l'istituzione di sezioni specializzate presso il tribunale ordinario che conoscessero il primo grado di tutte le controversie in materia familiare e minorile, civile e penale".

[19] Sulla composizione del Tribunale per i minorenni v. Danovi, F., *op. cit.*, p. 277.

[20] Cecchella, *Tribunale della famiglia, emendamento Cnf e prospettive di riforma*, cit., p. 8-9, anche con osservazioni sul piano della necessità di garantire i principi costituzionali del giusto processo anche in questo ambito. Di diverso avviso Danovi, F., *op. cit.*, p. 298, per il quale l'integrazione dell'organo giudicante con componenti "laici" è "un'utile opzione, a condizione beninteso che questo non significhi rinunciare a una - altrettanto necessaria - specifica formazione anche in capo ai giudici togati".

Si tratterebbe, peraltro, di una innovazione "a costo zero" e che potrebbe, senza particolari complessità concettuali, ridurre il carico di lavoro dei Tribunali.

4. Per un nuovo procedimento "unitario" sulla crisi genitoriale / matrimoniale

Sul piano del procedimento in quanto tale, mi sembra che la prima innovazione dovrebbe riguardare l'introduzione di un rito unitario per la composizione della crisi familiare, per le coppie coniugate e quelle non coniugate, con varianti per le ipotesi giudiziali e quelle consensuali[21].

Al momento, infatti, da un lato, per le coppie coniugate, ci si trova di fronte ad un procedimento quasi identico, disciplinato però, con qualche distonia, da un lato nel codice di rito (separazione), dall'altro nella legge n. 898 del 1970 (divorzio). Per la crisi delle coppie non coniugate, per contro, si prevede l'utilizzo del rito camerale che, a volte, garantisce tempi più rapidi, ma non appare idoneo a soddisfare le garanzie del giusto processo, in particolare rispetto all'approfondimento dei profili istruttori e al pieno sviluppo del diritto di difesa. Senza considerare che, in presenza di figli maggiorenni, le controversie relative al relativo mantenimento siano assoggettate al rito ordinario.

L'adozione di un rito unitario per tutti i casi di composizione della crisi familiare supererebbe tale ingiustificabile disparità di trattamento[22] e sarebbe un importante contributo alla semplificazione processuale. D'altra parte, la crisi di una famiglia pone le medesime problematiche, a prescindere dal fatto che, nelle liti matrimoniali, si debba ovviamente affrontare anche la questione del vincolo coniugale.

Il d.d.l. Orlando si muoveva in effetti in questa direzione, allontanando la disciplina processuale del diritto di famiglia dal modello camerale più o meno costituzionalizzato.

Nel testo, si parlava di disciplinare il rito in modo uniforme e semplificato, per quanto con una certa rigidità. Un iniziale riferimento alla flessibilità processuale era in effetti caduto nella versione approvata alla Camera. In altre parole, si prospettava il superamento del modello formalizzato della separazione, introducendo però un modello forse ancor più rigido, in particolare sul piano delle preclusioni. Quel d.d.l., in realtà, configurava almeno tre diversi modelli procedimentali: uno per la separazione, il divorzio, e la soluzione delle controversie rispetto a figli nati fuori dal matrimonio; un altro per la formalizzazione degli accordi tra genitori coniugati e non; un terzo per i procedimenti sulla responsabilità genitoriale *ex* artt. 330, 332 e 333 c. c.

Personalmente, a regole procedimentali "ferme" (ovvero senza spingersi sino a configurare *ex novo* un modello processuale in questo contesto), riterrei opportuno generalizzare l'utilizzo del procedimento disciplinato dagli art. 706 ss. c. p. c. per la soluzione delle liti matrimoniali / genitoriali, prevedendo dunque, anche per le coppie non coniugate, una fase presidenziale per l'emissione di provvedimenti provvisori ed urgenti, e poi una prosecuzione avanti al giudice istruttore, senza, ovviamente, necessità di pronunciare una sentenza non definitiva sul vincolo.

Per tutti i procedimenti di modifica di provvedimenti esistenti (anche con riferimento al mantenimento dei figli maggiorenni ma non autosufficienti) si potrebbe generalizzare l'ambito di applicazione del rito di cui all'art 710 c. p. c., mentre per l'omologa degli accordi si potrebbe universalizzare il modello dell'art. 711 c. p. c., superando, rispetto al divorzio, la pronuncia della sentenza collegiale, essendo ormai venuta meno, a seguito dell'introduzione della negoziazione assistita in ambito matrimoniale, la natura costitutiva-necessaria dell'attività giurisdizionale in tale contesto.

Volendo poi "volare" alto e ipotizzare nuovi modelli procedimentali, *de iure condendo*, mi sembra assolutamente da evitare la tecnica dell'innesto di nuove disposizioni all'interno degli schemi processuali esistenti. In altre parole, se proprio si deve pensare a una riforma, che sia una riscrittura del procedimento di separazione oggi esistente, per introdurre un modello più rispondente ad alcuni principi che connotano tutte le più recenti riforme processuali straniere, ovvero la proporzionalità, la flessibilità[23], la collaborazione tra parti e giudice[24].

Da questo punto di vista, il procedimento per le controversie della crisi matrimoniale / genitoriale si potrebbe continuare a configurare come una "variante" di un rito ordinario rielaborato, con una prima fase presidenziale per la pronuncia

[21] Sulla quale rinvio al mio *Il nuovo assetto procedimentale della separazione facile e del divorzio breve*, in *Le nuove discipline della separazione e del divorzio*, a cura di Morozzo della Rocca, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 9 ss.

[22] Non si prospetta, in effetti, un rito unico ed esclusivo per tutti i procedimenti in materia di famiglia e della persona, alla luce della notevole eterogeneità di tali procedimenti. Come osserva Danovi, F., *op. cit.*, p. 301, "quello che occorre garantire (...) non è un'eguaglianza assoluta (...) della disciplina processuale delle singole controversie, ma la presenza di modelli anche diversificati, purchè tutti rispondenti a esigenze di ragionevolezza".

[23] Su questi profili, di recente, Danovi, F., *op. cit.*, p. 280 ss., il quale, p. 301 ss., per l'ipotesi di adozione di un unico modello processuale per tutte le controversie in materia di famiglia, si esprime a favore del rito camerale, con i correttivi per assicurare le garanzie del giusto processo.

[24] Indicazioni in questo senso anche da Querzola, *Il processo familiare nel d.d.l. di riforma del rito civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1518 ss.

dei provvisori ed urgenti e poi una udienza avanti al giudice istruttore per la verifica delle questioni controverse, la scelta di un "binario istruttorio", alla luce della maggiore o minore complessità della lite, e la predisposizione di un calendario del processo, nel contraddittorio collaborativo tra parti e giudice. In questo nuovo modello procedimentale "flessibile", dovrebbe essere ben ponderato l'utilizzo di preclusioni, sicuramente incompatibili con le domande e le questioni relative alla responsabilità e al mantenimento della prole minorenne[25].

Bisognerebbe trovare un punto di equilibrio tra due opposti estremi dello spettro delle formalità processuali che si riscontrano in questo contesto, in cui si passa da procedimenti ad alto \ altissimo tasso di predeterminazione legale \ formalismo (separazione, divorzio) ad altri improntati, almeno a livello testuale, alla massima deformalizzazione \ discrezionalità nella determinazione delle forme del processo (rito camerale).

Sono consapevole che si tratti di una prospettiva, allo stato irrealistica, ma sono anche convinto che le proposte che attualmente circolano in ambito governativo e parlamentare per una riforma del processo civile si limitino a riproporre, per la soluzione dell'ormai annoso problema della eccessiva durata del processo, vecchie ricette che già si sono rivelate inadeguate per la soluzione del problema e incapaci di profilare quella rivoluzione culturale di cui si avverte a mio avviso il bisogno in questo, come in altri, contesti.

5. Il problema del riesame dei provvedimenti provvisori e urgenti

Rispetto a interventi specifici sul procedimento della crisi matrimoniale / genitoriale, con riferimento all'attuale modello della separazione, un profilo che, da sempre, si profila problematico è quello della possibilità di sottoporre a riesame i provvedimenti provvisori ed urgenti emessi nel corso del giudizio.

Come noto, la legge n. 54 del 2006 ha in parte risolto il problema, introducendo il reclamo alla Corte d'appello avverso l'ordinanza presidenziale emessa ai sensi dell'art. 708 c. p. c. Tale riforma, come noto, peraltro, ha creato un problema nuovo, ovvero il coordinamento tra il reclamo alla Corte e il potere del giudice istruttore di modificare o revocare i provvedimenti presidenziali, dando vita a una giurisprudenza che definire proteiforme è un eufemismo. Un primo intervento di riforma, dunque, dovrebbe riguardare proprio tale profilo, ad esempio introducendo un meccanismo di coordinamento analogo a quello previsto in materia cautelare, per tracciare la linea di confine *tra reclamo exart. 669 terdecies c. p. c. e revoca / modifica ex*art. 669 *decies* c. p. c.

L'introduzione del reclamo contro l'ordinanza presidenziale è stata segnata, peraltro, da una ulteriore contraddizione, ovvero la mancata previsione di un analogo strumento di reclamo contro i provvedimenti di revoca / modifica del giudice istruttore e nel contesto dei procedimenti cautelari nei quali si prendono decisioni provvisorie rispetto alla responsabilità genitoriale su minori.

In entrambi i casi, la prassi ha cercato di proporre soluzioni per via interpretativa ma, allo stato, la giurisprudenza appare unitariamente propensa a escludere il reclamo avverso le ordinanze emesse dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 709 c. p. c. Rispetto ai decreti provvisori in materia di responsabilità genitoriale la situazione è più ambivalente, ma la posizione maggioritaria sembra esprimere una chiusura anche in questo ambito. La soluzione a tale secondo profilo, *de iure condendo*, appare relativamente agevole, potendosi anche qui configurare l'introduzione di un reclamo alla Corte d'appello avverso i decreti collegiali contenenti provvedimenti provvisori ed urgenti emessi all'esito della prima udienza in un procedimento camerale sulla responsabilità genitoriale.

Più complessa la soluzione prospettabile rispetto al riesame, da parte di un giudice diverso, dei provvedimenti provvisori del giudice istruttore nella separazione o nel divorzio. A livello teorico, in effetti, non si fatica a configurare un reclamo alla Corte d'appello o al collegio del Tribunale. In questo senso, in effetti, si esprime il d.d.l. n. 735 del 2018, il cui art. art. 6 (rubricato "Modifica all'articolo 178 del codice di procedura civile") propone l'inserimento di un quarto comma nell'art. 178 c. p. c., con la previsione di un reclamo immediato al collegio avverso l'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e di affidamento dei figli. A parte l'infelice collocazione della norma all'interno del codice di rito, essa affronta, in effetti, un problema acutamente avvertito nella prassi.

Una innovazione di questo tipo, d'altro canto, si scontra con una difficoltà ben pratica e concreta, ovvero la ingestibilità di un sistema di "riesame" (al collegio del tribunale o, *a fortiori*, alla Corte d'appello), rispetto a provvedimenti così diffusi, anche in considerazione del fatto che, in alcuni procedimenti, di successivi interventi provvisori ed urgenti del giudice istruttore se ne registrano parecchi. Il rischio, in sostanza, è la paralisi del sistema. Questa constatazione non deve indurre all'inerzia ma a valutare la situazione con la consa-

[25] Al riguardo v. il mio *Flessibilità e semplificazione*, Bologna, 2018.

pevolezza che una riforma di questo tipo richiede di necessità investimenti sul piano delle risorse poiché non si può concepire un simile aumento del carico di lavoro a parità di organico.

6. Profili istruttori

Sul piano dell'attività istruttoria, al centro dell'attenzione dei più recenti d.d.l. circolati in Parlamento continua ad essere l'ascolto del minore, la cui centralità nei procedimenti in cui si prendono decisioni che riguardano il minore stessi è ormai confermata a livello sia nazionale che internazionale, come dimostra l'attenzione del legislatore eurounitario a questa tematica nel contesto del regolamento UE n. 2019/1111 di rifusione del c.d. regol*amento Bruxelles II bis*, in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

L'attuale disciplina non chiarisce alcuni profili "operativi" dell'ascolto ed in effetti vi è chi propone chiarimenti in merito alle relative modalità di assunzione[26]. Si può dubitare dell'effettiva necessità di ulteriori interventi in questo ambito. In effetti, anche qui, più che di nuove norme, vi è bisogno di investimenti per strutture adeguate ad accogliere il minore da ascoltare all'interno dei palazzi di giustizia, dotate di quanto necessario a registrare le dichiarazioni del minore e magari a consentire un "controllo" da parte dei genitori o dei loro legali (ad esempio, tramite un vetro unidirezionale).

D'altra parte, a mio avviso, è impossibile stabilire, con una norma generale e astratta, come svolgere l'ascolto di un minore, poiché le variabili sono molte (età, contesto, situazione specifica) e determinare a priori, ad esempio, che all'ascolto debba sempre procedere direttamente il giudice può non essere adeguato a tutte le situazioni configurabili.

Piuttosto, si deve lavorare sulla preparazione specifica del giudice all'ascolto del minore, ma per questo non sembra ci sia bisogno di innovazioni processuali.

7. Il problema dell'effettività della tutela

In chiusura di questo intervento, toccherò un profilo molto delicato, ovvero quello dell'effettività e dell'attuazione dei provvedimenti del giudice in materia di rapporti familiari e, in particolari, di responsabilità genitoriale.

È un dato di fatto che garantire materiale esecuzione ai provvedimenti sul diritto di visita e sui tempi di frequentazione sia sovente molto difficile, se non impossibile. Il sistema, in effetti, presenta obiettivi limiti di effettività della tutela sul piano dell'attuazione di questi provvedimenti.

Le norme in materia sono poche e spesso non coordinate tra loro[27].

Il legislatore, negli ultimi anni, è intervenuto, in particolare, con l'introduzione dell'art. 709 *ter* c. p. c. che, come noto, prevede interventi del giudice proprio per risolvere controversie insorte sull'attuazione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale e per sanzionare inadempimenti e violazioni di tali provvedimenti. Si tratta di nuovi rimedi la cui utilizzazione si sta diffondendo nella prassi, ma con efficacia solo *ex post*, dal momento che la loro capacità di agire come deterrente, sul piano della sanzione indiretta, non sembra (ancora) significativa nella prassi[28].

La norma, in effetti, meriterebbe alcuni interventi chiarificatori: ad esempio, rispetto al soggetto competente per l'irrogazione delle sanzioni ivi previste (in particolare, nella dialettica tra giudice istruttore e collegio) e il regime delle relative impugnazioni. Mi pare invece da respingere una troppo analitica formulazione delle ipotesi di intervento giudiziario nei rapporti tra i genitori, come invero prospettato dall'art. 9 del d.d.l. 735 del 2018, di cui invero non si sente il bisogno.

Un intervento innovativo di cui, a mio avviso, si avverte, invece, la necessità è quello che attribuisca al giudice del merito, almeno nella pendenza del procedimento, la competenza in materia di esecuzione dei provvedimenti emessi in tale ambito[29], per riuscire a coordinare la fase di cognizione e quella di attuazione.

8. Conclusioni

Le pagine che precedono dimostrano che di spazi per interventi di riforma nella materia qui esaminata ve ne siano molti. Il timore è che un legislatore frettoloso, distratto e, in alcuni casi, ideologicamente schierato, possa arrecare più danni che utilità. Per questo, il dibattito scientifico è importante ma è soprattutto è importante che il legislatore, da tale dibattito, sappia farsi ispirare e trarne frutti per l'azione riformatrice.

[26] Su questa prospettiva v. pure Cecchella, *Tribunale della famiglia, emendamento Cnf e prospettive di riforma*, cit., p. 3.

[27] Nel d.d.l. n. 735 del 2018, ad esempio, all'art. 16, si propongono (in un nuovo art. 337 *octies* c. c.) regole molto dettagliate (e non senza qualche ingenuità) sullo svolgimento dell'ascolto e sui relativi contenuti: "L'ascolto del minore deve essere sempre svolto alla presenza del giudice e di un esperto da lui designato. L'ascolto deve essere videoregistrato. Le parti possono assistere in locale separato collegato mediante video e possono presentare domande per mezzo del giudice. Sono vietate le domande manifestamente in grado di suscitare conflitti di lealtà da parte del minore verso uno dei genitori".

[28] Su questi profili v. pure Cecchella, *Tribunale della famiglia, emendamento Cnf e prospettive di riforma*, cit., p. 4.

[29] V. anche Cecchella, *op. ult. cit.*, p. 4.

EFFICACIA ESECUTIVA DELL'ORDINANZA DI ASSEGNAZIONE DEL CREDITO

Sull'esecutività dell'ordinanza di assegnazione del credito nell'espropriazione presso terzi la giurisprudenza interviene a tutela del debitor debitoris

di Concetta Marino

DEL 13 MARZO 2020

Sommario

1. L'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione
2. La prospettiva sistematica suggerita dalla Cassazione a tutela del terzo perseguito in via esecutiva dal creditore assegnatario
3. La S.C. interviene ancora a chiarimento di quanto già affermato sugli adempimenti preliminari all'avvio dell'esecuzione forzata contro il terzo debitor debitoris
4. Qualche dubbio sul principio di diritto formulato dalla Cassazione
5. Prospettive di riforma
6. Quale il rimedio concesso al debitor debitoris per sottrarsi alle spese dell'esecuzione?

1. L'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione

L'ordinanza di assegnazione del credito, resa dal giudice dell'esecuzione, segna la conclusione del procedimento di pignoramento presso terzi ed è pronunciata quando il terzo non renda affatto la dichiarazione, dovendo intendersi il suo silenzio alla stregua di una non contestazione del credito, ovvero quando sulla dichiarazione non dovesse sorgere contestazione o, in caso di contestazione, quando il giudice dell'esecuzione verifichi l'esistenza del credito, in esito all'incidente cognitivo promosso a tal fine in seno al processo espropriativo.

L'assegnazione opera una sostituzione del creditore procedente, ormai assegnatario, al debitore espropriato, che non è più titolare del credito oggetto del pignoramento. L'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione, che in passato aveva diviso la dottrina[1], inducendo la giurisprudenza ad attribuirle tale efficacia per ragioni di opportunità pratica[2], oggi non è più in dubbio grazie alle modifiche apportate a questa forma espropriativa dalle leggi n. 228 del 2012; n. 162 del 2014 e n. 132 del 2015.

Questo è quanto si ricava dal 1° comma dell'art. 548 c.p.c., in cui si fa esplicito riferimento ad un'esecuzione forzata fondata sul provvedimento di assegnazione, laddove si puntualizza che la mancata dichiarazione del terzo rende il credito pignorato come non contestato anche ai fini "dell'esecuzione fondata sull'ordinanza di assegnazione"[3] e dall'art. 549 c.p.c., che utilizza un'analoga espressione riferendola però

[1] Tra i sostenitori dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione ancor prima delle recenti riforme, Vaccarella, voce *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. Disc. Priv.*, VIII, Torino, 1992, 107; Bonsignori, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato,* Milano, 1962, 127; Arieta-De Santis, *L'esecuzione forzata*, in Montesano-Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, III, 2, Padova, 2007, 979. Tra i sostenitori della tesi contraria: Colesanti, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, Milano, 1967, I, 190 e 428 ss.; Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Padova, 2012, 207; Cordopatri, *Posizione e tutela del* debitor debitoris *nel processo di espropriazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 833 e ss. Per le numerose indagini dottrinali compiute sul tema, Tota, *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione forzata presso terzi*, Napoli, 2014, spec. 68 ss.

[2] È principio pacifico, e costantemente enunciato in sede di legittimità, che l'ordinanza di assegnazione costituisca titolo esecutivo nei confronti del terzo pignorato. In tal senso, tra le tante, Cass., 3 giugno 2015, n. 11493; 20 novembre 2012, n. 20310; 18 settembre 2007, n. 19363; 18 marzo 2003, n. 3976.

[3] Non è mancato in dottrina chi ha ritenuto che il mancato riferimento della norma ad un'esecuzione "direttamente fondata" sul provvedimento di assegnazione, potrebbe far pensare ad "un'esecuzione soltanto *indirettamente* fondata su detto provvedimento», che costituirebbe dunque una delle componenti di un titolo esecutivo che si perfezionerebbe con una distinta sentenza di condanna, che il creditore potrebbe ottenere invocando l'ordinanza stessa come titolo delle proprie ragioni sostanziali contro il terzo, ormai suo debitore diretto. Così Montanari, *Sui limiti di revocabilità del riconoscimento (effettivo o presunto) del credito pignorato nel nuovo sistema dell'espropriazione presso terzi*, in *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, a cura di Capponi-Sassani-Storto-Tiscini, Torino, 2014, 582, spec. nota 17.

all'ordinanza resa in esito ad un giudizio "accertativo" del credito, oggi rimesso alla competenza del giudice dell'esecuzione, da compiersi unicamente nelle ipotesi in cui dovesse sorgere contestazione sulla dichiarazione resa dal terzo oppure qualora il silenzio del terzo non consenta l'esatta identificazione del credito, da intendersi come non contestato ai fini del procedimento in corso[4]. Pertanto, l'instaurazione dell'incidente esecutivo finalizzato alla verifica giudiziale del credito darà luogo, in caso di esito positivo, ad un'ordinanza cui è attribuita efficacia endoesecutiva[5], escludendosi così la sua attitudine ad acquisire valore di giudicato, ed al contempo efficacia extraprocessuale, laddove appare idonea a fondare l'esecuzione nei confronti del debitore assegnato. L'ordinanza, per esplicita previsione di legge, è impugnabile nelle forme e nei termini dell'art. 617 c.p.c.

Anche nel caso in cui il terzo non rendesse affatto la dichiarazione, l'epilogo del processo espropriativo è segnato dall'ordinanza di assegnazione che, a mente dell'art. 548, comma 3 c.p.c., è sempre impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c.[6]

L'ordinanza di assegnazione è dunque un titolo esecutivo di cui potrebbe avvalersi il creditore procedente ed assegnatario nei confronti del terzo *debitor debitoris* che non adempia spontaneamente[7]. Evenienza questa piuttosto remota, considerato che il terzo sarà indotto ad onorare il debito, ma possibile, al ricorrere della quale il creditore assegnatario potrà avviare nei suoi confronti una nuova procedura espropriativa, senza dover ricorrere ad un processo di cognizione finalizzato unicamente all'acquisizione di un titolo esecutivo nei confronti del terzo, così come accadeva anteriormente alle recenti riforme che hanno interessato l'espropriazione presso terzi[8]. Sono dunque ragioni eminentemente pratiche quelle che hanno indotto prima i giudici di legittimità[9] ed oggi il legislatore ad attribuire efficacia esecutiva all'ordinanza di assegnazione. Dunque quale che sia la condotta tenuta dal terzo, sia essa collaborativa o omissiva[10], e quale che sia l'evoluzione del processo espropriativo che condurrà al provvedimento di assegnazione, questo, dopo la sua stabilizzazione[11], avrà valenza esecutiva nei confronti del terzo, nonostante il silenzio serbato al riguardo dall'art. 553 c.p.c., che nel primo comma si limita a disporre che le somme di cui il terzo si è dichiarato o è dichiarato debitore, se esigibili immediatamente o in un termine non superiore a novanta giorni, sono assegnate dal giudice dell'esecuzione, salvo esazione, ai creditori concorrenti.

Per effetto dell'ordinanza di assegnazione il credito si trasferisce in capo al creditore pignorante, il cui diritto si estingue solo dopo l'effettivo pagamento da parte del terzo-debitore ceduto, che avrà una duplice valenza satisfattiva, del credito vantato dal creditore procedente nei confronti del debitore esecutato e di quello da questi vantato nei confronti del terzo. Dunque, perché si realizzi l'effetto satisfattivo non basta la pronuncia dell'ordinanza di assegnazione, ma occorre che il credito assegnato venga pagato, fino a questo momento l'assegnatario rimane creditore nei confronti del terzo ceduto per

[4] Si tratta della modifica apportata dal d.l. n. 83 del 2015 convertito in l. n. 132 del 2015 che ha inteso così risolvere il problema dell'identificazione del credito o del bene del debitore nella disponibilità di un terzo, quando la loro individuazione nell'atto di pignoramento fosse solo generica. Per Luiso, *Diritto processuale civile. Il processo esecutivo*, vol. III, Milano, 2019, 94, tale identificazione è indispensabile per i beni mobili e non per i crediti, per i quali non è necessario accertare il titolo che "è irrilevante ai fini del pagamento che il terzo debitore deve fare al creditore assegnatario", né "l'entità, perché questa è parametrata al credito per cui si procede" aumentato della metà.

[5] In tal senso, già anteriormente alla riforma che ha condotto l'incidente cognitivo all'interno del processo esecutivo, Cass. 13 aprile 2012, n. 5895.

[6] Per Luiso, *op. cit.*, 91, il terzo comma dell'art. 548 c.p.c., che riconosce al terzo il potere di impugnare con opposizione agli atti esecutivi l'ordinanza di assegnazione "se prova di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore", deve essere inteso riferendo la particella "ne" non all'ordinanza di assegnazione, bensì a quella con la quale il giudice, mancando la dichiarazione del terzo, fissa un'udienza per la sua comparizione, non essendo razionale, secondo l'autorevole Studioso, che possa essere impugnata "l'ordinanza di assegnazione...se di essa il terzo non ha avuto conoscenza!".

[7] In forza del provvedimento di assegnazione il terzo diviene debitore diretto del creditore assegnatario, realizzandosi una sostituzione dal lato attivo nel rapporto obbligatorio, dunque un fenomeno di cessione del credito, sulla falsariga di quella disciplinata dall'art. 1264 c.c., con carattere *pro solvendo*. Che è quanto sostenuto da Vaccarella, *op. cit.*, 104. In tal senso Cass. 27 luglio 2017, n. 18719.

[8] Anteriormente al 2012, il giudizio accertativo del credito, che si svolgeva secondo le forme ordinarie del processo di cognizione e si concludeva con sentenza vocata al giudicato, sarebbe stato necessario anche qualora il terzo non fosse comparso in udienza o pur comparendo si fosse rifiutato di rendere la dichiarazione. Durante lo svolgimento di questo autonomo giudizio, e fino al suo epilogo, il processo esecutivo rimaneva sospeso, con una sua inevitabile maggiore durata.

[9] V. *supra* nota 2.

[10] In questo caso occorrerà una duplice omissione del terzo, il quale non abbia reso la propria dichiarazione a mezzo lettera raccomandata o PEC, né abbia preso parte all'udienza fissata nell'atto di pignoramento o pur partecipando abbia mantenuto il silenzio.

[11] Ricordiamo che l'ordinanza di assegnazione si "stabilizza" dopo che sia decorso il termine per la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi, il cui *dies a quo* è da computare dal giorno in cui l'ordinanza è stata resa in udienza alla presenta del terzo pignorato ovvero dal giorno in cui il terzo ne abbia avuto legale conoscenza. In tal senso Cass. 26 maggio 2014, n. 11642, in *Riv. esecuz. forz.*, 2014, 641.

la somma assegnata, corrispondente a quanto questi avrebbe dovuto versare al debitore esecutato, suo originario creditore, nei limiti posti dall'art. 546, comma 1 c.p.c.

Nel nuovo processo espropriativo che potrà essere avviato contro il terzo debitore ceduto in caso di sua inerzia, questi potrà esperire a sua difesa gli "ordinari" rimedi oppositivi, dunque anche l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.[12].

Riconoscere valenza di titolo esecutivo all'ordinanza resa ai sensi dell'art. 553 c.p.c. anche a fronte del silenzio del terzo, nel sistema attuale in cui l'assegnazione del credito, in tale ipotesi, non impone più un previo giudizio accertativo con vocazione al giudicato, ha senz'altro semplificato l'iter per il soddisfacimento del credito del creditore procedente, a tutto discapito della posizione del terzo. Ed è proprio questo aspetto ad aver destato le maggiori perplessità della dottrina, che ha evidenziato la singolarità di un procedimento nel quale il terzo non è parte, ma che può concludersi con un provvedimento che abbia valenza di titolo esecutivo nei suoi confronti[13].

2. La prospettiva sistematica suggerita dalla Cassazione a tutela del terzo perseguito in via esecutiva dal creditore assegnatario

Proprio al fine di tutelare il terzo coinvolto in un procedimento al quale è estraneo, essendo diretto contro il suo creditore, a fronte di una disciplina normativa poco accorta se non a favorire la ragionevole durata dei processi esecutivi, interviene la Corte di cassazione per affermare che, pur non dubitandosi dell'attitudine dell'ordinanza di assegnazione a perseguire il terzo inadempiente, rimane incerta la questione circa l'equiparabilità dell'ordinanza di assegnazione ai titoli esecutivi di formazione giudiziale con riferimento agli adempimenti prodromici all'avvio dell'esecuzione. Su tale questione il Supremo Collegio si pronuncia per la prima volta con la sentenza n. 9390 del 2016[14] per affermare che, in deroga alla regola posta dall'u.c. dell'art. 479 c.p.c., in questo caso il creditore assegnatario dovrà procedere alla notificazione disgiunta del titolo esecutivo (ordinanza di assegnazione) e dell'atto di precetto[15].

A tal fine, posto che l'avvio dell'esecuzione presuppone la conoscenza del titolo esecutivo da parte del debitore esecutando, sì da rendere consapevole il suo eventuale inadempimento, la S.C. ritiene che, nei casi in cui l'ordinanza di assegnazione sia stata resa dopo la spontanea dichiarazione del terzo, essa potrà ritenersi a questo nota soltanto dopo che gli sia stata comunicata o notificata. Diversamente, nel caso in cui l'ordinanza di assegnazione fosse stata resa in esito al giudizio di accertamento del credito di cui sia stato parte lo stesso terzo la cui dichiarazione è stata contestata, questi

[12] Tale rimedio oppositivo non sarebbe ammissibile qualora il terzo intendesse dedurre mediante l'opposizione all'esecuzione i medesimi vizi dell'ordinanza di assegnazione che aveva già fatto valere con opposizione agli atti esecutivi definitivamente respinta. Così Cass. 20 novembre 2012, n. 20310, in *Riv. esecuz. forz.*, 2013, 200 ed ivi, 382, con nota di Bonafine, *L'ordinanza di assegnazione di crediti ex art. 553 c.p.c.: natura e possibili rimedi*. Insomma se al terzo non è consentito rimettere in discussione, fuori dal processo esecutivo in cui è stata resa l'ordinanza di assegnazione l'iter processuale che ha condotto a tale ordinanza, se non con l'opposizione agli atti esecutivi, qualora invece intenda contestare la stessa esistenza o l'ammontare del credito ceduto per effetto dell'ordinanza di assegnazione potrà farlo con i mezzi idonei, tra cui, anzitutto, l'opposizione all'esecuzione da proporre per contrastare l'esecuzione minacciata o avviata nei suoi confronti dal creditore cessionario, escludendo così alcuna efficacia preclusiva all'ordinanza di assegnazione. In tal senso Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 2016, 221; Monteleone, *Semplificazioni e complicazioni nell'espropriazione presso terzi*, in Il processo esecutivo. Liber amicorum, cit., 602; Briguglio, *Note brevissime sull'"onere di contestazione" per il terzo pignorato (nuovo art. 548 c.p.c.)*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2013, 31, il quale però ritiene che il terzo che abbia perso l'occasione di far valere le proprie ragioni nel procedimento espropriativo che ha condotto all'ordinanza di assegnazione, subirebbe, nel contestarla in sede di opposizione all'esecuzione, un'inversione dell'onere della prova a vantaggio del creditore cessionario. Per una distinzione dei rimedi esperibili avverso l'ordinanza di assegnazione a seconda che rimanga atto interno dell'esecuzione ovvero atto reso in esito ad un'indagine sommaria rimessa al giudice che la rende, Tiscini, *Considerazioni intorno a natura, effetti e regime dell'ordinanza di assegnazione del credito* ex *art. 553 c.p.c* ., in *Riv. esecuz. forz.*, 2012, 25 e ss. Per Bove, *La nuova disciplina in materia di espropriazione del credito*, in *N.L.C.C.*, 2015, 17, quale che sia il modo in cui si sia avuta la specificazione del credito, "in ogni caso l'assegnato non subirà alcuna preclusione in ordine alla sua successiva possibilità di contestare la sussistenza del suo debito". Nello stesso senso Luiso, *op. cit.*, 91. Per il Trib. di Busto Arsizio, 1 marzo 2018 l'opposizione all'esecuzione servirebbe soltanto a far valere fatti estintivi o modificativi della pretesa del creditore assegnatario sopravvenuti alla pronuncia dell'ordinanza. Per una rassegna giurisprudenziale ragionata sul tema della stabilità dell'ordinanza di assegnazione, Finocchiaro, *La stabilità dell'ordinanza di assegnazione del credito pignorato*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2019, 156 e ss.

[13] Senza alcuna pretesa di completezza, in tal senso: Colesanti, *op. cit.*, 1255 e ss.; Saletti, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2013, 12 e ss.; Storto, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi: le instabili conseguenze dell'"stabilità"*, *ibidem*, 34 e ss.; *Olivieri, Modifiche legislative all'espropriazione presso terzi*, in *Libro dell'anno di diritto Treccani*, Roma, 2014, 367; Carratta, *Riforma del pignoramento preso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Giur. it.*, 2014, 1029.

[14] In *Giur.it*, 2017, 347 e ss. con nota parzialmente critica di Frus, *Sulla ritardata esecutività dell'ordinanza di assegnazione del credito verso il terzo*; in *Riv. esecuz. forz.*, 2016, 667 e ss., con il commento di Rusciano, *L'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c. è equiparabile ai titoli esecutivi anche quanto agli adempimenti necessariamente prodromici all'esecuzione?*

[15] Nel caso sottoposto all'esame della S.C. l'ordinanza di assegnazione veniva notificata al terzo unitamente all'intimazione ad adempiere contenuta nel rituale atto di precetto, nel quale erano indicati anche le spese e i compensi per la redazione e la notificazione di tale atto.

dovrebbe già considerarsi edotto dell'emanazione dell'ordinanza in oggetto, alla stregua di quanto accade nei titoli esecutivi di formazione giudiziale dai quali però, ad avviso della S.C. l'ordinanza di assegnazione va sempre distinta. Distinzione dalla quale si fa derivare l'esclusione dell'applicabilità della regola sancita dall'art. 479 u.c. c.p.c., che consente la contestuale notificazione degli atti prodromici al processo esecutivo, nel presupposto che il titolo si sia formato in un processo in cui il debitore abbia partecipato come parte, sì da conoscere già il titolo al quale, se vuole, potrà dare spontanea esecuzione. Insomma, la S.C., a dispetto delle apparenze, non sembra tollerare alcuna distinzione, neanche quando si sia reso necessario il giudizio di accertamento del credito oggetto del pignoramento, in cui il terzo è chiamato a partecipare in qualità di litisconsorte necessario. Con la conseguenza che l'ordinanza di assegnazione in nessun caso potrebbe avere una "diretta" valenza esecutiva nei confronti del terzo.

Posta questa premessa, p*er i giudici di l*egittimità, quale che sia la circostanza che ha portato all'emanazione dell'ordinanza di assegnazione, il terzo debitor debitoris potrà essere considerato inadempiente, solo dopo che siano decorsi almeno dieci giorni dall'avvenuta conoscenza dell'ordinanza. Termine desunto da un'applicazione analogica dell'art. 477 c.p.c., che impedisce la contestuale notificazione del t.e. e del precetto, imponendo un intervallo temporale di dieci giorni tra le due notificazioni, quando l'esecuzione forzata debba essere iniziata nei confronti degli eredi del debitore defunto, considerata la loro estraneità al processo nel quale il titolo si è formato.

Per questa ragione la S.C. giunge ad affermare che se il terzo pignorato non abbia ricevuto la previa notificazione dell'ordinanza di assegnazione, sì da beneficiare di un termine dilatorio per l'adempimento, il creditore assegnatario non potrà procedere alla notificazione congiunta del titolo esecutivo e dell'atto di precetto, perché, diversamente, si configurerebbe un abuso del processo esecutivo che basterebbe ad escludere l'applicazione dell'art. 95 c.p.c., con la conseguenza che le spese sostenute per il precetto resterebbero a carico del creditore procedente ed il corrispondente vizio del precetto, per la parte in cui sono pretese tali spese, dovrebbe essere fatto valere dal terzo mediante opposizione all'esecuzione, contestandosi in tal caso il diritto del creditore di procedere esecutivamente per il rimborso delle somme auto-liquidate in tale atto[16].

Pur invocando l'applicabilità dell'art. 477 c.p.c. la S.C., consapevole dell'estraneità dell'ordinanza di assegnazione a qualsiasi vicenda successoria, avendo questa valore di titolo esecutivo unicamente nei confronti del terzo assegnato, prudentemente fa anche riferimento al principio generale desumibile dall'art. 1264 c.c. sull'efficacia della cessione. Infatti con l'ordinanza di assegnazione si realizza il trasferimento del credito dal lato attivo, di cui il terzo deve aver avuto conoscenza, per averlo accettato o perché gli è stato notificato il relativo atto, essendo questo il momento a partire dal quale il suo pagamento avrà efficacia liberatoria se effettuato al cessionario, ormai suo creditore diretto, anziché al suo creditore originario. Insomma la legittimazione del creditore cessionario all'iniziativa espropriativa nei confronti del terzo presuppone la sua inadempienza, se così possiamo dire, consapevole, per la quale, occorre che il terzo abbia a disposizione un lasso di tempo ragionevole dalla conoscenza dell'assegnazione per scegliere la condotta da tenere. Questo termine è individuato in quello di almeno dieci giorni dalla conoscenza dell'ordinanza di assegnazione del credito, ricavato in analogia a quanto previsto dall'art. 477 c.p.c. e dall'art. 480 c.p.c., in cui il termine di dieci giorni è prescritto al fine di favorire lo spontaneo adempimento da parte del debitore, sì da scongiurare l'avvio nei suoi confronti del processo esecutivo[17].

I giudici della S.C. non si fermano a questa affermazione, ma, sempre in ossequio all'esigenza di mettere il terzo nella condizione di adempiere e dunque di pagare al creditore cessionario, sottraendosi così alla sua eventuale iniziativa esecutiva, ritengono finanche opportuno il differimento dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione. A tal fine, in modo piuttosto singolare, viene suggerito al giudice dell'esecuzione di fissare un termine, decorrente dalla conoscenza del provvedimento d'assegnazione da parte del terzo, prima del quale il credito in esso contemplato non sia esigi-

[16] Per una diversa modalità di censura di tale "vizio", v. infra parag. 6.

[17] È indiscusso che già la notificazione del titolo esecutivo, quale atto preparatorio all'avvio dell'esecuzione forzata, costituisca una prima sollecitazione al pagamento di colui che dal titolo risulti debitore. È altresì vero però che il nostro legislatore ha previsto come legittima la contestuale notificazione di tale atto con quello di precetto, senza che questa, fuorché nell'ipotesi di successione dal lato passivo del titolo, comporti alcuna conseguenza pregiudizievole per colui che si sta preparando a dare avvio all'esecuzione forzata e per colui che questa esecuzione sta per subire, considerando che quest'ultimo ha sempre a disposizione l'opposizione all'esecuzione, se del caso preventiva, per contrastare l'illegittimità dell'azione esecutiva. In tal senso Frus, *op. cit.*, 352, il quale per rafforzare la sua opinione ricorda come il legislatore abbia "accettato il rischio che sia escusso esecutivamente con titolo esecutivo e precetto una parte non legittimata, come il soggetto nei cui confronti sia fatta valere, ad esempio, una scrittura privata autenticata di cui la parte neghi la sottoscrizione".

bile, introducendo così una sorta di sospensione temporanea dell'efficacia esecutiva del titolo, fintantoché il "nuovo" debitore non ne abbia avuto effettiva conoscenza.

3. La S.C. interviene ancora a chiarimento di quanto già affermato sugli adempimenti preliminari all'avvio dell'esecuzione forzata contro il terzo debitor debitoris

Pur non potendosi negare un certo apprezzamento per gli sforzi compiuti dalla S.C. a tutela del terzo che, pur estraneo alla procedura espropriativa in cui è soltanto richiesta la sua collaborazione, si ritrovi poi coinvolto, questa volta in qualità di debitore esecutato, in un processo espropriativo per l'esecuzione forzata dell'ordinanza di assegnazione, anche nei casi in cui sia incolpevolmente ignaro della pretesa creditoria ormai in capo al creditore pignorante, ugualmente non si può negare una certa sorpresa invece per quelle affermazioni che, pur funzionali a tale intento, si rivelano del tutto prive di alcun appiglio normativo. Faccio riferimento: *a*) a quella sorta di sospensione temporanea dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione in attesa che la stessa sia portata a conoscenza del terzo, che dovrebbe essere disposta dal giudice dell'esecuzione nel momento in cui rende l'ordinanza di assegnazione; e *b*) al termine di dieci giorni che la S.C. afferma dover intercorrere tra la notificazione del titolo esecutivo e del precetto, laddove ne esclude la notificazione contestuale, introducendo una deroga alla regola sancita dall'art. 479, comma 3 c.p.c.[18].

Al riguardo è interessante notare come, sebbene queste affermazioni vengano ribadite in due successive ordinanze[19], più di recente la stessa S.C., pur condividendo l'impostazione sistematica prospettata nella sentenza n. 9390 del 2016, ha ritenuto opportuno puntualizzarne "il senso effettivo", che "non è quello di negare l'immediata efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione", né "quello di negare in radice la possibilità per il creditore di procedere alla notificazione di detta ordinanza unitamente all'intimazione dell'atto di precetto, ma semplicemente quello di impedire che il debitore non inadempiente possa essere gravato di spese ulteriori, non necessarie per il creditore e non giustificabili nell'ottica di un rapporto che si svolge nel rispetto del principio di correttezza e buona fede". Pertanto, nel caso in cui titolo esecutivo e precetto vengano notificati contestualmente, se il terzo debitore intimato provveda all'integrale pagamento di tutte le somme dovute in un termine ragionevole (anche eventualmente superiore a quello di dieci giorni previsto dall'art. 480 c.p.c.), da accertarsi in concreto in base a tutte le circostanze rilevanti nella singola fattispecie, dovrà ritenersi inapplicabile l'art. 95 c.p.c. e le spese di precetto resteranno a carico del creditore intimante.

La S.C. affida alla discrezionalità del giudice di merito la valutazione circa la ragionevolezza del termine entro cui il terzo abbia effettuato il pagamento per poter essere esonerato dalle spese dell'atto di precetto notificato contestualmente al titolo esecutivo, sebbene poi non manchi di suggerire un parametro di congruità di tale termine, da rinvenire in quello di venti giorni dalla notificazione degli atti preparatori, desunto da quello prescritto per la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi e da quello che risulterebbe dalla somma dei dieci giorni prescritti dall'art. 477 c.p.c e dall'art. 480 c.p.c. Si tratta, con tutta evidenza, di un criterio assolutamente fantasioso, ma certo efficace in considerazione della funzione perseguita.

Con questa più recente pronuncia i giudici della Cassazione, da un canto, sembrano aver voluto assestare il tiro, smussando alcune rigidità della prima pronuncia del 2016, dall'altro, però, confermano la necessità di attendere un lasso di tempo dalla conoscenza dell'ordinanza di assegnazione da parte del terzo prima che possa essere iniziato dal creditore assegnatario il processo espropriativo nei suoi confronti, per evitare al creditore di incorrere in una condotta di abuso del processo espropriativo[20].

4. Qualche dubbio sul principio di diritto formulato dalla Cassazione

Questo orientamento della S.C. può dirsi ormai consolidato e, sebbene maturato con riferimento ad un processo espropriativo presso terzi ancora assoggettato alla disciplina in vigore prima dei recenti interventi di riforma che hanno interessato (stravolgendola) questa forma espropriativa, deve ritenersi applicabile anche oggi, come si legge in un passaggio della sentenza n. 9390 del 2016.

Oggi anzi il principio di diritto formulato dalla S.C. dovreb-

[18] Deroga ritenuta ingiustificabile da Frus, *op. loc. cit.*, il quale osserva come la regola posta da tale norma è stata dettata dal legislatore senza alcuna eccezione e senza distinzione alcuna tra titoli esecutivi giudiziali e stragiudiziali.

[19] Cass. 24 maggio 2017, n. 13112 e 10 agosto 2017, n. 19986.

[20] Questo è quanto affermato da Cass. 12 aprile 2018, n. 9173 e Cass. 4 luglio 2018, n. 17440, in banca dati *DeJure*, che nel caso in cui il pagamento avvenga in un termine ragionevole, ma non sia integrale, puntualizzano che le spese di precetto e di esecuzione siano ripetibili dal creditore nei limiti di quanto necessario per il recupero delle sole somme effettivamente non pagate tempestivamente dal debitore. Ancor più di recente, nello stesso senso, Cass. 15 maggio 2019, n. 12883, in banca dati *DeJure*.

be ritenersi ancor più necessario considerando l'accentuata estraneità del terzo al processo esecutivo che si è concluso con l'ordinanza di assegnazione del credito, amplificata dalla "nuova" modalità con cui questi è invitato a rendere la dichiarazione di specificazione del credito, ormai unicamente a mezzo lettera raccomandata o PEC da indirizzare al creditore procedente[21]. Se da un canto le riforme hanno dunque accentuato l'estraneità del terzo al processo esecutivo, non avendo questi oggi più bisogno di recarsi in udienza per rendere la sua dichiarazione, dall'altro invece ne hanno aggravato la posizione, rendendolo suo malgrado "parte" del processo espropriativo. Infatti nell'ipotesi in cui il terzo scegliesse di tenere un contegno omissivo a fronte dell'invito a rendere la propria dichiarazione in ordine all'esistenza del credito oggetto del pignoramento[22], la conseguenza prescritta, di non contestazione del credito che potrebbe così essere assegnato al creditore procedente, renderà il terzo soggetto passivo dell'assegnazione senza che questi abbia mai partecipato ad alcuna udienza in tribunale, a fronte del solo avvertimento delle conseguenze della sua condotta omissiva contemplato nell'atto di pignoramento[23].

Qualora il terzo persistesse nella sua condotta omissiva, il D.L. n. 83 del 2015, conv. in l. n. 132 del 2015, modificando l'art. 549 c.p.c., ha prescritto in tal caso l'esatta identificazione del credito, indicato soltanto genericamente dal creditore al momento del pignoramento, a cura del giudice dell'esecuzione che in tale ipotesi, analogamente a quanto accade qualora sulla dichiarazione del terzo dovessero sorgere contestazioni, si avvarrà dei suoi nuovi poteri cognitivi per la determinazione dell'obbligo del terzo.

L'incidente cognitivo da compiersi ad opera del giudice dell'esecuzione vedrebbe comunque il terzo parte necessaria del giudizio a cognizione sommaria destinato a concludersi con un'ordinanza che definisca, assegnandolo, il credito pignorato. È vero però che anche in questi casi i giudici della S.C. ritengono necessario il decorso di un lasso temporale congruo dalla notificazione dell'ordinanza di assegnazione al terzo, prima che il creditore possa iniziare nei suoi confronti l'espropriazione forzata. Forse, in mancanza di una esplicita disciplina in tal senso, sarebbe stato opportuno distinguere l'ipotesi in cui il terzo sia rimasto del tutto estraneo alla vicenda processuale generatrice del titolo esecutivo nei suoi confronti[24], da quella in cui questi abbia invece partecipato al giudizio "accertativo" del credito oggetto del pignoramento, da svolgersi appunto nel contraddittorio tra le parti e con il terzo.

Sebbene anche nell'ipotesi in cui il terzo abbia tenuto una condotta omissiva non può escludersi del tutto la sua conoscenza dell'ordinanza di assegnazione. Al riguardo, infatti, nonostante i dubbi interpretativi generati dal tenore testuale l'art. 548, comma 2 c.p.c.[25], sembrerebbe che l'ordinanza di assegnazione vada portata a conoscenza del terzo che non sia comparso all'udienza fissata a mente del 1° comma dell'art. 548 c.p.c. Sicché, in tal caso, una volta reso il provvedimento di assegnazione il terzo potrà contestare l'esito della procedura esecutiva proponendo il rimedio oppositivo secondo le modalità e i termini dell'art. 617 c.p.c., se provi di non averne avuto conoscenza per irregolarità della notificazione o per altra causa a lui non imputabile. Al di là dei motivi dell'impugnazione, sembrerebbe che l'ordinanza, una volta resa, vada dunque notificata al terzo per consentirgli, eventualmente, di impugnarla. Ciò dovrebbe consentire una sua ri-notificazione contestualmente all'atto di precetto, senza rischiare di trovare "impreparato" il terzo debitore assegnato e senza dunque dover rispettare la deroga all'art. 479 c.p.c. imposta in un primo tempo dai giudici di legittimità, né alcun altro termine congruo per consentire al terzo di avere conoscenza di un titolo esecutivo...che già conosce.

Inoltre con la modifica apportata dal d.l. 132 del 2014 all'art. 543, comma 2, n. 4 c.p.c., nell'atto di pignoramento è stato incluso "l'avvertimento al terzo che in caso di mancata comunicazione della dichiarazione, la stessa dovrà essere resa dal terzo comparendo in un'apposita udienza e che quando il terzo non compare o, sebbene comparso, non rende la dichiarazione, il credito pignorato o il possesso di cose di appartenenza del debitore, nell'ammontare o nei termini indicati dal

[21] L'aver consentito al terzo di rendere la sua dichiarazione a distanza ha implicato lo spostamento della competenza territoriale del giudice dell'esecuzione, che non è più quello di residenza del terzo, bensì, a mente del neo introdotto art. 26 *bis* c.p.c., quello del luogo in cui il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede, fuorché nelle ipotesi in cui debitore sia una delle pubbliche amministrazioni indicate dall'art. 413, comma 5 c.p.c. perché in tal caso si tornerà alla competenza territoriale del giudice del luogo di residenza, domicilio, dimora o sede del terzo.

[22] Si tratta delle ipotesi in cui il *debitor debitoris* scegliesse di non rendere affatto la dichiarazione e di non comparire all'udienza indicata nell'atto di pignoramento, né a quella successiva fissata dal giudice dell'esecuzione, o si rifiutasse, in questa sede, di rendere la dichiarazione.

[23] Nella prassi accade che l'avvertimento venga ribadito dal giudice dell'esecuzione nell'ipotesi in cui, a causa della mancata dichiarazione, ai sensi dell'art. 548 c.p.c. dovrà essere fissata la data di una nuova udienza alla quale il terzo è chiamato a partecipare.

[24] Oggi unicamente nei casi in cui la dichiarazione del terzo non sia stata contestata ovvero quando, a fronte del suo silenzio, l'indicazione del credito da parte del creditore procedente sia tale da consentire l'identificazione del credito pignorato.

[25] Per i quali v. *supra* alla nota 6.

creditore, si considerano non contestati ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione", dunque una previsione che intende rendere edotto il terzo di tutte le conseguenze della sua condotta omissiva, ivi compresa la valenza di titolo esecutivo nei suoi confronti dell'ordinanza di assegnazione.

5. Prospettive di riforma

Alla luce delle considerazioni appena svolte, difficilmente potrebbe trovarsi il terzo impreparato a fronte dell'avvio dell'esecuzione forzata minacciata nei suoi confronti dal creditore assegnatario, tuttavia, a sua ulteriore tutela, si sarebbe potuto ipotizzare un avvertimento analogo a quello prescritto dal comma 2, n. 4 dell'art. 543 c.p.c. anche nel caso in cui la dichiarazione del terzo non fosse stata contestata. Così come sarebbe stato opportuno prevedere espressamente l'avvertimento delle conseguenze della condotta omissiva del terzo nell'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione fissa, ai sensi dell'art. 548, comma 1 c.p.c., la nuova udienza di comparizione per consentirgli di rendere la dichiarazione non ancora acquisita dal creditore[26].
Ancora, in una prospettiva *de iure contendo* si potrebbe immaginare un intervento legislativo a tutela del terzo nel senso già anticipato dai giudici della Cassazione, con una esplicita previsione di notificazione disgiunta dell'ordinanza di assegnazione rispetto all'atto di precetto o con una maggiorazione del termine a partire dal quale avviare l'esecuzione forzata dopo la notificazione dell'atto di precetto, soltanto nell'ipotesi in cui il terzo possa realmente essere ignaro dell'ordinanza di assegnazione[27].
Altra previsione a vantaggio del terzo potrebbe essere quella di sollecitarlo a manifestare al creditore assegnatario, previo esplicito invito formulato nell'atto di pignoramento, la sua volontà di adempiere, comunicandola già con la sua dichiarazione *ex*art. 547 c.p.c. o anche successivamente, sì da essere sollevato dalle spese dell'atto di precetto. Ipotizzandosi un abuso dello strumento espropriativo, con la conseguente esclusione dell'art. 95 c.p.c., tutte le volte in cui, nonostante la comunicazione del terzo, il creditore assegnatario procedesse alla contestuale notificazione del titolo esecutivo e dell'atto di precetto[28].
Sono questi i suggerimenti che potrebbero essere recepiti dal legislatore, sebbene già allo stato attuale non è da escludere che il creditore assegnatario, piuttosto che rischiare di sopportare le spese legali dell'atto di precetto, finisca per attenersi a quella deroga all'art. 479 c.p.c. di creazione giurisprudenziale, preferendo procedere ad una notificazione distinta dell'ordinanza di assegnazione e dell'atto di precetto, fermo restando che, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, anche nell'ipotesi in cui scegliesse di notificare gli atti preparatori all'esecuzione forzata contestualmente, dovrebbe poi attendere un lasso temporale congruo, raddoppiato rispetto a quello ordinario sancito dall'art. 480 c.p.c., per consentire al terzo di adempiere prima di intraprendere contro di lui l'esecuzione forzata.

6. Quale il rimedio concesso al debitor debitoris per sottrarsi alle spese dell'esecuzione?

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che intende sollevare il terzo debitore assegnato dalle spese legali dell'atto di precetto, nel presupposto di una sua mancata conoscenza dell'ordinanza di assegnazione valida come titolo esecutivo nei suoi confronti, qualora il terzo intendesse, non tanto contrastare il probabile avvio dell'esecuzione forzata nei suoi confronti[29], quanto piuttosto censurare la contestuale notificazione degli atti preparatori, compiuta in deroga ... alla "deroga di creazione giurisprudenziale", il rimedio preferibile, diversamente da quanto ritenuto dai giudici di legittimità nella pronuncia del 2016, dovrebbe essere quello dell'opposizione agli atti esecutivi[30]. Infatti, se è pur vero che con l'opposizione all'esecuzione proposta avverso l'atto di precetto il debitore può contestare un eccesso nel diritto di procedere ad esecuzione forzata, nel caso in cui la contestazione dovesse riguardare il diritto del creditore procedente al rimborso delle somme auto-liquidate nell'atto di precetto notificato congiuntamente al titolo esecutivo, così come ritenuto dai giudici della S.C., il mancato rispetto di quel lasso temporale che dovrebbe intercorrere tra la notificazione dei

[26] Che invero è quanto già avviene nella prassi.
[27] Unicamente nei casi indicati alla nota 24.
[28] Questa è l'opinione espressa in dottrina da Frus, *op. cit.*, 352 e s.
[29] Fermo restando che il terzo, ormai debitore esecutando, ha la possibilità di proporre il rimedio dell'opposizione all'esecuzione in via preventiva, al fine di far dichiarare la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo a fronte di un avvenuto adempimento del credito ceduto o di un qualsiasi accadimento che ne abbia determinato l'estinzione.
[30] In tal senso Rusciano, *op. cit.*, 674. Diversamente, se si ritenesse attendibile l'affermazione rinvenibile nella sentenza n. 9390 del 2016, laddove si fa riferimento ad una sorta di efficacia esecutiva differita dell'ordinanza di assegnazione disposta dal giudice dell'esecuzione (successivamente smentita dagli stessi giudici di legittimità, secondo quanto riferito *supra* parag. 2 e 3), il rimedio da esperire sarebbe l'opposizione all'esecuzione.

due atti costituirebbe un onere formale a carico del creditore, indispensabile per garantire la legittimità dell'azione esecutiva nei confronti del terzo ignaro[31].

Diversamente il rimedio sarebbe quello dell'opposizione all'esecuzione seguendo la prospettiva sistematica successivamente proposta dalla stessa Corte di cassazione[32] che, ritenendo ammissibile la contestuale notificazione dell'ordinanza di assegnazione e dell'atto di precetto al terzo debitore ceduto, gli attribuisce però un termine più ampio di quello dei dieci giorni dalla notificazione dell'atto di precetto per adempiere alla pretesa del creditore assegnatario. Alla luce di questa nuova ricostruzione sistematica, che considera tempestivo l'adempimento compiuto entro i venti giorni dalla notificazione dell'atto di precetto, definito come termine congruo e del tutto ragionevole per consentire al debitore ceduto di effettuare il pagamento per scongiurare l'avvio dell'esecuzione forzata nei suoi confronti, l'intimazione ad adempiere minacciata quando ancora, secondo la lettura della S.C., l'inadempimento non possa ritenersi compiuto, dovrebbe ritenersi "intempestiva" e dunque censurabile con l'opposizione all'esecuzione, traducendosi in una contestazione del diritto del creditore assegnatario di procedere ad esecuzione forzata.

Con questo recente orientamento giurisprudenziale, ancora una volta, la Corte di cassazione interviene per compensare l'inefficienza del legislatore che, travolto dalla bramosia di riforma del processo esecutivo per favorirne la ragionevole durata, finisce per trascurare situazioni meritevoli di tutela, come senz'altro è quella del *debitor debitoris* nel pignoramento presso terzi, la cui posizione è stata ulteriormente aggravata dalle recenti riforme, che ne hanno fatto il soggetto da sacrificare sull'altare della funzionalità dell'iter espropriativo.

[31] Da far valere dunque con l'opposizione agli atti esecutivi. Che è quanto ritenuto dalla S.C. nella sentenza 14 luglio 2015, n. 14653, proprio con riferimento alla violazione di quanto disposto dall'art. 477 c.p.c., invocato dagli stessi giudici di legittimità per escludere, anche nel caso dell'ordinanza di assegnazione, la contestuale notificazione del titolo esecutivo e dell'atto di precetto.

[32] Faccio riferimento a Cass. 4 luglio 2018, n. 17440, per la quale v. *supra* al parag. 3.

EROGAZIONE ABUSIVA DEL CREDITO BANCARIO E CONSEGUENZE NELL'INSINUAZIONE AL PASSIVO

Esclusione del credito bancario dall'insinuazione al passivo fallimentare per abusiva erogazione del credito

(Nota a Tribunale ordinario di Rimini, decreto 28 ottobre 2019)

di Stefano Barbiani

DEL 16 MARZO 2020

Sommario

1. Il Caso
2. L'evoluzione giurisprudenziale dell'erogazione abusiva di credito
3. Una nuova possibilità di azione per il Curatore fallimentare

1. Il Caso

Tribunale Ordinario di Rimini, decreto 28 ottobre 2019, Presidente Dott.ssa Francesca Miconi, Giudice Estensore Dott. Lorenzo Maria Lico

Un Istituto bancario presentava domanda di insinuazione allo stato passivo per un credito pluri-milionario derivante da un'apertura di credito in conto corrente concessa alla società poi fallita.

Il finanziamento in oggetto era stato richiesto dalla società al fine di reperire la liquidità necessaria per la realizzazione di una vasta operazione immobiliare intrapresa in convenzione con il Comune che prevedeva la costruzione, sul terreno di proprietà dell'impresa, di un complesso di immobili da adibirsi, in parte, ad utilizzo di interesse pubblico ed, in parte, a destinazione privata.

L'operazione immobiliare non andava in porto e la società a distanza di poco meno di due anni dalla sua messa in liquidazione veniva dichiarata fallita.

Il Giudice Delegato, accogliendo l'eccezione sollevata dalla curatela, escludeva totalmente il credito insinuato dalla banca ritenendo che il finanziamento in questione, che costituiva il titolo della domanda avanzata ex art. 93 l.f., fosse abusivo in quanto concesso incautamente, nonostante fosse già emerso e, quindi, noto lo stato di insolvenza della società.

L'istituto di credito si opponeva allo stato passivo svolgendo una serie di eccezioni processuali, non senza aver prima lamentato la erroneità, sin già nella sua prospettazione teorica, di una ricostruzione giuridica che individua un profilo di illiceità nel compimento della attività tipica bancaria, quale l'erogazione di credito, che, con riferimento alla posizione del soggetto finanziato, non può che connotarsi, sempre e comunque, quale operazione economica di per sé neutra insuscettibile di essere foriera di danni.

La Banca ricorrente, che pure non mancava di contestare la veridicità del presupposto fattuale che collocava temporalmente lo stato di dissesto finanziario dell'impresa all'epoca della concessione della sovvenzione creditizia, affidava primariamente la propria difesa al campo delle eccezioni processuali, rilevando il difetto di legittimazione attiva in capo alla curatela fallimentare ad agire per responsabilità da abusiva erogazione del credito nei confronti dell'istituto bancario in supplenza dei creditori asseritamente danneggiati, nonché la maturata prescrizione del controcredito risarcitorio, peraltro non provato, opposto in compensazione.

Resisteva in giudizio la curatela fallimentare rivendicando la propria legittimazione processuale ad agire per la tutela indistinta dei creditori mediante la reintegrazione del patrimonio sociale del fallito e riaffermava la illiceità della condotta dell'istituto bancario consistita tanto nella concessione del finanziamento a favore di impresa insolvente e, dunque, impossibilitata a restituirlo che nel successivo mantenimento della linea di credito.

Il Tribunale riminese, all'esito di una lunga ed articolata disamina di tutti gli elementi in fatto e diritto prospettati dal-

le parti, giunge ad una pronuncia di rigetto dell'opposizione confermando l'esclusione dell'istituto bancario dal passivo fallimentare.

2. L'evoluzione giurisprudenziale dell'erogazione abusiva di credito

La pronuncia in commento che come si apprezza immediatamente sin da una sua prima veloce lettura, si caratterizza per essere un provvedimento di ampio respiro, molto più simile ad una sentenza che non, invero, ad un decreto motivato, come sarebbe bastato al fine di soddisfare il dettato dell'art. 99 l.f., affronta in maniera assolutamente inedita una tematica, di contro, già ampiamente dibattuta in dottrina[1] ed alquanto controversa, quale è la abusiva erogazione del credito.

La fattispecie di elaborazione giurisprudenziale e sinora sprovvista di qualsiasi regolamentazione legislativa, viene comunemente individuata in quell'attività di finanziamento, a prescindere da quale ne sia la forma, e, dunque, non soltanto erogazione di denaro ma anche prestazione di beni e servizi, con la quale si ritarda l'emersione del dissesto dell'impresa finanziata e con essa, sovente, l'apertura di una procedura concorsuale con danno dell'intero ceto creditorio dell'imprenditore insolvente.

Ora, poiché gli effetti dell'illecito extracontrattuale, nella stragrande maggioranza dei casi, si traducono nel *default* del soggetto sovvenzionato dalla Banca, non risultando precedenti giurisprudenziali in cui il danno sia stato prodotto con riferimento ad un imprenditore *in bonis*, ciò spiega perché il campo d'elezione di questa peculiare figura di responsabilità civile, quantomeno nelle sue più comuni applicazioni pratiche, sia quello del fallimento e delle altre procedure concorsuali.

È doveroso, invero, evidenziare come l'apertura del fallimento non sia un elemento costitutivo della fattispecie né una conseguenza ineludibile dell'illecito in questione, come la Corte di Cassazione nella prima delle tre pronunce a Sezioni Unite del 2006, la n. 7029, ebbe modo di affermare osservando come "*la abusiva concessione del credito per perfezionarsi e produrre pregiudizio non deve essere collegata di necessità all'evento fallimento rimanendo illecita e come tale possibile fonte di pregiudizio aquiliano ancorché non venga seguita dal fallimento ed addirittura prima ancora che questo si verifichi*".[2]

A giudizio della Corte, l'impresa che rimanga artificiosamente in vita grazie ad un finanziamento che non rispetti i canoni della corretta gestione del credito bancario, nel rimanere sul mercato anziché esserne estromessa, altera giocoforza le regole della concorrenza e produce un danno ai propri diretti competitor i quali, a prescindere dal fallimento dell'impresa, ben potrebbero esercitare azione risarcitoria nei confronti della medesima, oltre che della banca.

Nonostante la ventilata possibilità, in linea di principio, di esperire un'azione di danno per abusiva erogazione del credito anche quando l'impresa sovvenzionata rimanga *in bonis,* il binomio ricorrente vede l'illecito aquiliano accompagnarsi all'insuccesso dell'attività di impresa che si risolva in una declaratoria fallimentare o nell'apertura di altra procedura concorsuale.

La contiguità tra i due settori ha suscitato in dottrina più di qualche dubbio sulla possibilità di configurare un'area di illecito che tragga origine da un'attività di per sé lecita e legittima quale è l'attività creditizia bancaria, soprattutto se si considera che è l'impresa in difficoltà quella che più delle altre necessita del finanziamento bancario, talvolta l'unico strumento a disposizione dell'imprenditore per tentare di superare la crisi.

Se, dunque, è irrealistico ipotizzare che un'impresa possa uscire dalla crisi prescindendo dall'erogazione di finanza, posto che tutti i piani o gli accordi di ristrutturazione presuppongono quantomeno il mantenimento delle linee di credito già accordate, condotta quest'ultima assimilabile in tutto e per tutto alla concessione di credito, appare a taluni irragionevole ed oltremodo severo ravvisare la responsabilità della banca che abbia erogato credito all'impresa in concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f.[3]

---

[1] L. Balestra, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2017, 541e segg, Id., *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito* in *Giur. Comm.,2013, I, 109 e segg;* Id., *Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del curatore* in Balestra (a cura di), *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali,* Milano, 2016, 213; Di Marzio, *Concessione abusiva di credito* in *Enc. Dir.,* Ann. VI, Milano, 2013,178; V. inoltre le monografie di Viscusi, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito,* Milano, 2004; Di Marzio, *Abuso nella concessione del credito,* Napoli, 2004; Di Rienzo, *Concessione del credito e tutela degli investimenti. Regole e principi in tema di responsabilità,* Torino, 2013; A. Castiello D'Antonio, *la banca tra concessione abusiva e interruzione brutale del credito,* in *Dir. Fallimentare* 2005, I, 765; Lo Cascio, *Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche* in *Fallimento 2002, 1157;* A. Nigro, *La responsabilità della banca per erogazione del credito,* in *Società,* 2007; L. Stanghellini, *Il credito "irresponsabile" alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela,* in *Le Società,* n.4, 2007, 395.

[2] Cass. civ., S.U., 28 marzo 2006, n.7029; Cass. civ., S.U., 28 marzo 2006, n.7030; Cass. civ., S.U., 28 marzo 2006, n.7031.

[3] D. Maffeis, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale,* in *Nuove Leggi Civili Commentate,* 2012, 736 e segg.

L'approdo concettuale di fronte ad una così stridente dicotomia tra attività legalizzate, da un lato, e possibili scenari di illecito, ove l'auspicato risanamento dell'impresa ceda il passo al suo fallimento, è stato quello di spostare l'asse di imputabilità dal soggetto finanziatore a chi gestisce ed amministra l'impresa, le sue risorse e le sue finanze.
Si è così passati a configurare una responsabilità per *mala gestio* che nella sua prima affermazione dogmatica e giurisprudenziale è tutta interna al soggetto finanziato in quanto si assume come postulato l'inidoneità della concessione o del mantenimento delle linee di credito ad incidere negativamente sulla consistenza del patrimonio sociale le cui sorti dipendono, invece, da una gestione virtuosa, od al contrario, negligente degli amministratori.
Il principio sopra espresso trova riconoscimento nella sentenza n. 7029/2006 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la quale, pur lambendo accidentalmente la tematica della struttura dell'illecito al solo fine di dirimere la censura relativa alla legittimazione del curatore all'azione di danno per abusiva concessione del credito, nell'escludere in radice la possibilità per il curatore di un'azione risarcitoria nei confronti della banca, si ipotizza quale unico campo d'azione quello di un giudizio a carico degli amministratori dell'impresa per *mala gestio*.
Il convincimento sotteso alla pronuncia disvela una certa resistenza ad individuare nella conclusione di un valido contratto bancario, al quale l'azienda finanziata attraverso i propri organi gestori abbia liberamente aderito, la fonte di un'obbligazione risarcitoria in capo all'istituto bancario per abusiva erogazione del credito, laddove, di fatto, si sanziona la banca per aver adempiuto ad un obbligo contrattuale nei confronti della propria controparte contrattuale.
Tale convincimento rimane intatto e si consolida ulteriormente con la sentenza n. 13413 del 2010 con la quale la Corte di Cassazione, soltanto a fronte di una già accertata responsabilità penale dei funzionari della banca per concorso nei reati di bancarotta e di ricorso abusivo al credito, riconosce al curatore la legittimazione ad agire nei confronti dell'istituto di credito per il danno da reato subito dalla società.
Va da sé che ove la figura dell'illecito venga analizzata secondo una diversa prospettiva, ovverossia nell'ottica di indagare le ragioni del singolo creditore che subisca pregiudizio per la presenza sul mercato dell'imprenditore insolvente che per effetto dell'aiuto bancario goda, ancora, surrettiziamente di fede commerciale, le maglie della fattispecie si fanno più larghe e si dischiudono le porte dell'azione risarcitoria.
L'abusiva erogazione del credito, con riferimento al terzo danneggiato, si configura come un illecito aquiliano ed è espressione del generale principio del *neminem ledere;* appartenendo al novero della responsabilità civile soggiace alla regola che grava il soggetto asseritamente leso dell'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, ovverossia la condotta illecita, il danno subito, il nesso di causalità tra il pregiudizio patrimoniale sofferto e l'attività creditizia e la sussistenza di una condotta bancaria che si connoti in termini di colpevolezza in quanto sorretta da dolo o colpa.
Ora, proprio con riferimento alla condotta illecita del soggetto finanziatore, il decreto in commento ci offre una panoramica quanto mai ricca e variegata di elementi e situazioni valutabili tutti alla stregua di convergenti indici rivelatori di un'attività bancaria non rispettosa delle regole del merito creditizio.
La sproporzione tra il capitale sociale della società e l'entità del finanziamento richiesto e concesso, l'elevato rischio di impresa che caratterizzava l'iniziativa immobiliare della società in convenzione con il Comune, l'impiego pressoché esclusivo di risorse esterne alla società sin dal principio dell'operazione, ed ancora, l'inadeguatezza della garanzia ipotecaria concessa a favore dell'istituto di credito, per essere la stessa, in termini di capienza, assolutamente aleatoria perché indissolubilmente legata all'esito dell'operazione immobiliare, la difficoltà, infine, di un'eventuale monetizzazione dell'oggetto della garanzia per lo specifico utilizzo di interesse pubblico ai quali gli immobili da realizzare a cura dell'impresa sarebbero stati vincolati per espressa destinazione impressa dallo strumento urbanistico inducono il Tribunale, all'esito di un approfondito accertamento, a ritenere fondata la domanda di responsabilità nei confronti della banca e con essa il controcredito risarcitorio opposto in compensazione dal curatore.
Ora, con particolare riferimento all'attività d'impresa della banca regolamentata dal d.lgs. n. 385/1993 i principi cardine di correttezza e lealtà contrattuali, intesi quali corollari del più ampio principio della buona fede, impongono al soggetto finanziatore di evitare qualsivoglia condotta che sia idonea a ledere tanto la posizione contrattuale del cliente che quella dei terzi, ovvero delle imprese concorrenti e dei creditori del cliente medesimo.
Secondo lo schema di valutazione che è stato elaborato sulla base dei principi sopra enunciati risulterà responsabile l'ente creditizio che agisca tanto con colpa specifica, ossia violando i precetti di comportamento previsti dalle disposizioni di legge a carico degli operatori professionali bancari, primo fra tutti quello della sana e prudente gestione del credito ex art. 5 del d. lgs. n.385 del 1993, che con colpa generica, ad esempio valutando senza la dovuta prudenza e diligenza professionale ex art. 1176, comma due, c.c. la situazione economico finanziaria del soggetto che chieda l'erogazione del credito.

L'elemento soggettivo dell'illecito potrà declinarsi nella forma più grave del dolo nelle ipotesi in cui la banca conceda scientemente nuova finanza o mantenga le linee di credito già concesse a favore di imprese manifestamente insolventi concorrendo in un'attività di dissimulazione dello stato prefallimentare ove non sia addirittura riferibile ad essa stessa l'imput di aver suggerito all'azienda ormai decotta di ricorrere al credito bancario.
A completamento di un quadro probatorio particolarmente ricco ed articolato e di non sempre agevole accertamento giudiziale, occorre aggiungere la meritevolezza della domanda attorea che risulterà insussistente ogni qualvolta l'operatore economico che abbia stipulato vincoli contrattuali con l'imprenditore insolvente non avrà uniformato il proprio agire al principio della auto-responsabilità.
Affinché possa ritenersi provato il nesso eziologico tra la concessione del credito bancario e l'errata percezione della reale situazione economica della società finanziata, è necessario che colui che abbia deciso di contrarre rapporti commerciali con il soggetto economico in stato di decozione sia stato tratto in inganno in virtù di un affidamento incolpevole[4].
Se la tutela dell'affidamento incolpevole ha sempre ricoperto un ruolo di primo piano nel diritto commerciale, in quanto tradizionalmente interpretata quale strumento di salvaguardia della certezza e stabilità dei rapporti giuridici, l'esigenza ad essa sottesa su cui si regge la teoria dell'apparenza e la stessa responsabilità della banca per concessione abusiva di credito incontra un limite ben delineato dalla più recente giurisprudenza di legittimità sulla fattispecie in esame.
Nella sentenza n. 11695 del 14 maggio 2018 la Corte di Cassazione afferma che nell'esercizio della sua attività sul mercato che ha dimensione puramente relazionale, l'operatore economico è artefice del mercato stesso e come tale ha un dovere di auto-responsabilità che sarebbe violato in caso di agire negligente o noncurante delle insidie insite nelle operazioni economiche e nelle relazioni commerciali, sicché non può considerarsi meritevole di tutela l'incauto affidamento riposto sulla bontà dell'operazione.
Il risultato finale a cui pervengono i giudici di legittimità secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata - in consonanza con i principi solidaristici di cui all'art. 2 Cost - che si affianca a quella sistematica in tema di apparenza del diritto, è quello di subordinare la configurabilità della responsabilità della banca per concessione abusiva di credito alla prova di un affidamento altrui senza colpa.
La soluzione, se appare assolutamente coerente ed in linea con il caso specifico scrutinato, ove per i rapporti di interferenza societaria esistenti tra controllata e controllante era effettivamente esclusa la possibilità di invocare la tutela dell'affidamento incolpevole adducendo che la prima non fosse a conoscenza dello stato di insolvenza della seconda, non ha, tuttavia, mancato di suscitare seria preoccupazione tra i commentatori[5].
Si sono, infatti, evidenziate perplessità per le ricadute che il principio generale affermato dalla Cassazione possa avere sui processi e sulla astratta possibilità che le domande risarcitorie per abusiva concessione del credito possano trovare accoglimento, delineandosi uno scenario prossimo venturo in cui le domande non saranno più respinte, in via pregiudiziale, per difetto di una condizione dell'azione ma, nel merito, per mancanza di prova circa la non colpevolezza dell'affidamento.
Occorre, da ultimo, segnalare e non soltanto per completezza espositiva ma per meglio comprendere la portata del provvedimento in commento, che l'azione di responsabilità nei confronti della banca si atteggerà in termini differenti se ad agire in giudizio sia lo stesso soggetto che abbia beneficiato del finanziamento assunto come abusivo. Ovviamente, per le considerazioni sopra esposte, sarà quanto meno necessario che l'impresa si articoli in una struttura societaria nella quale l'organo gestorio si contrapponga alla proprietà, risultando, viceversa, arduo che il piccolo imprenditore che abbia personalmente richiesto al funzionario di banca l'apertura di credito o che abbia direttamente stipulato altro contratto di finanziamento possa poi agire in prima persona lamentando di aver subito danno da quella stessa operazione bancaria che egli abbia contribuito a porre in essere.
Il principio di auto-responsabilità già fatto proprio dalle S.U. della Cassazione con la sentenza n. 7029/2006 in virtù del quale l'impresa che ha partecipato al contratto di finanziamento che si assume illecito non può vantare crediti nei confronti della banca, né può rivendicarli per suo conto il curatore, è stato, infatti, superato nei soli casi di atti illeciti e pregiudizievoli compiuti dagli amministratori di una società in danno diretto del patrimonio della stessa in quanto è soltanto in tali fattispecie che non opera il principio di immedesimazione organica ma riprende vita e vigore il principio del-

[4] A. Bassi, *L'apparenza come criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa,* in *Giur. Comm.,* 2016, I, 751 e segg.; L. Navarra, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato,* in *Europa e dir. privato,* 2013, 835 e segg.; per un caso pratico v. Cass., 11 novembre 2010, n. 22915, in *Giur. it.,* 2011, 568 e segg. con nota di M. Spiotta, *L'apertura di credito tra apparenza e realtà.*
[5] M. Spiotta, *in "Fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio": osservazioni sulla concessione abusiva di credito* in *Giur. it.,* 2018, n.7, 1658 e segg.

la terzietà soggettiva tra società ed amministratori ricavabile dagli artt. 2393 e 2476 c.c.[6]
Ove la condotta dell'ente creditizio sia consistita nella mancata revoca di una linea di credito già accordata, la responsabilità sarà di natura contrattuale, per la presenza di un vincolo negoziale contratto tra le parti, e l'onere probatorio a carico dell'attore si alleggerirà in conformità alle regole classiche dell'inadempimento ex art. 1218 e seguenti del c.c. Non diversamente qualora si contesti l'erogazione abusiva di credito, posto che la responsabilità ravvisabile in tale fattispecie ex artt. 1337 e 1338 c.c. e declinata come responsabilità precontrattuale da contratto valido dannoso, tradizionalmente ascritta alla responsabilità aquiliana, viene oggi regolamentata secondo il regime della responsabilità da inadempimento[7].
La sempre più avvertita esigenza di espandere il perimetro applicativo dei doveri di solidarietà sociale di cui la Costituzione si fa interprete e garante ha indotto la giurisprudenza ad individuare obblighi di protezione gravanti su soggetti legati da una relazione qualificata sebbene non propriamente riconducibile ancora ad uno schema negoziale, obblighi, segnatamente di carattere informativo, differenti ed ulteriori rispetto agli obblighi di prestazione in senso stretto, la cui violazione è foriera di responsabilità da "contatto sociale".
Il nuovo inquadramento della responsabilità precontrattuale dispiega i propri effetti anche in punto di onere della prova e termine prescrizionale con evidenti ripercussioni pratiche sull'attività di allegazione probatoria che si richiede all'attore, indubbiamente semplificata rispetto a quella incombente sul terzo che non sia entrato in contatto con il finanziatore abusivo e con un tempo di tutela raddoppiato potendo beneficiare dell'ordinario termine decennale di prescrizione.

3. Una nuova possibilità di azione per il Curatore fallimentare

Si è detto che la pronuncia in commento, pur trattando una tematica già nota e dibattuta, è per certi versi inedita e non sfuggirà al lettore la lucida consapevolezza del Tribunale circa la portata innovativa di un provvedimento che si inserisce in uno spazio giurisprudenziale ancora "vergine".
La legittimazione processuale del curatore ad agire nei confronti della banca per responsabilità da abusiva erogazione del credito è sempre stata affrontata e risolta in termini negativi, salvo le marginali aperture di cui si dirà *infra*; ciò è avvenuto perché tale legittimazione è sempre stata dedotta come strumentale ad un'azione volta alla reintegrazione dell'asse fallimentare nell'interesse del ceto creditorio.
A fronte di una impostazione che ha ripetutamente cercato di attribuire al curatore il potere di sostituirsi ai creditori danneggiati dall'abusiva erogazione del credito all'impresa fallita mediante un'azione diretta nei confronti del soggetto che ha concesso il finanziamento, la risposta della giurisprudenza è stata univoca ed, al contempo, risoluta nel negare detta facoltà.
Nel sistema della legge fallimentare la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa, finalizzate cioè alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo.
Si comprende bene come quest'ultimo aspetto sia da sempre stato ostativo al riconoscimento in capo al curatore di una legittimazione processuale in rappresentanza di quei creditori titolari di diritti "differenziati" che abbiano effettivamente subito un danno patrimoniale dalla protrazione dell'attività di impresa da parte del soggetto abusivamente finanziato.
Si verte, invero, nell'ambito di posizioni individuali che necessitano, in primo luogo, dell'accertamento giudiziale della sussistenza del diritto soggettivo in capo al soggetto od ai soggetti asseritamente lesi e che, peraltro, ove venissero coltivate dal curatore si potrebbero tramutare, in caso di esito vittorioso del giudizio, in un vantaggio patrimoniale a favore della massa, ossia anche a vantaggio di chi non sia stato danneggiato dalla condotta della banca.
Il punto di svolta è allora rappresentato dalla diversa prospettiva in cui si colloca l'agire del curatore che, come una sorta di Giano bifronte, non è solo l'organo della procedura fallimentare cui spetta il compito di esperire le azioni di massa nell'interesse dell'intero ceto creditorio di cui è il rappresentante ma è anche, al contempo, il successore nei rapporti del fallito ed in tale veste titolare dei diritti sorti in capo a quest'ultimo.
Invero, già nella trattazione del caso che portò alla pronuncia n. 7029 del 28.03.2006, la Suprema Corte venne interpellata sulla ammissibilità di una legittimazione processuale del curatore ad agire nella veste di successore del fallito lamentando un danno diretto ed immediato al patrimonio del falli-

[6] Trib. Milano, 25 febbraio 2016; G. Bersani, *Legittimazione attiva della curatela fallimentare nell'azione di concessione abusiva di credito,* in *Crisi d'impresa e Insolvenza,* 2018, 22.
[7] Cass. civ., 12 luglio 2016, n.14188.

to derivante da abuso di credito ma la Corte non poté pronunciarsi sul punto, stante la novità dell'allegazione dedotta soltanto in sede di legittimità, specificando come nel corso del giudizio il dedotto danno al patrimonio della società non fosse mai stato allegato autonomamente ma solo quale indistinto elemento del danno alla massa.
È trascorso più di un decennio da quella occasione perduta e la decisione in commento riprende esattamente le fila di un ragionamento, per così dire, interrotto, pervenendo alla conclusione che sussiste la legittimazione del curatore all'azione risarcitoria ogni qualvolta egli agisca quale successore del fallito deducendo la produzione di "*una indistinta lesione patrimoniale subita dall'impresa"* che sia stata cagionata da un'attività creditizia abusiva.
L'azione così individuata, se può qualificarsi come di massa, perché abbraccia il danno del fallito in tutta la sua estensione senza riferimenti ai singoli pregiudizi sofferti dai creditori, consente al curatore, secondo una logica per così dire circolare, di rivendicare nell'ambito del processo il diritto risarcitorio che spettava al fallito, facendolo proprio, ed allo stesso tempo di agire pur sempre a beneficio della massa dei creditori attraverso la implementazione del patrimonio del soggetto fallito che consegue, di necessità, al ristoro del danno globalmente inteso cui venga condannata la banca.
Potrebbe, quindi, affermarsi che l'ostacolo dogmatico che da sempre ha precluso al curatore la possibilità di agire direttamente nei confronti della banca per il risarcimento del danno da abusiva erogazione del credito sia stato superato attraverso l'esercizio di un'azione finalizzata al ristoro del danno arrecato all'imprenditore sovvenuto dall'istituto bancario, anziché al risarcimento del pregiudizio subito da coloro che siano venuti in contatto con l'impresa fallita, sia prima che dopo la dichiarazione di fallimento.
Appare evidente come il risultato finale di questa nuova legittimazione riconosciuta al curatore sia analogo, almeno nei suoi risvolti pratici, a quello perseguibile con l'azione di massa precedentemente negata dalla giurisprudenza, nella misura in cui, ove il patrimonio dell'imprenditore si incrementi per effetto del buon esito dell'azione risarcitoria, tutti i creditori del fallito in sede di riparto finale riceveranno una maggiore soddisfazione delle loro pretese, conseguendo, in tal modo, indirettamente ed indistintamente, un indubbio vantaggio economico.
Peraltro, ed in tale aspetto si coglie, a giudizio di chi scrive, l'ulteriore portata innovativa del provvedimento riminese, la già riconosciuta legittimazione del curatore ad agire ex art. 146 l.f. e art. 2395 del c.c. nei confronti della banca quale terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della predetta società, sul modello del concorso secondo lo schema delineato dall'art. 2055 c.c., accresce il proprio ambito operativo.
Il Tribunale supera quello spazio marginale e ristretto di azione che il giudice di legittimità aveva in passato riservato al curatore ove la fattispecie di illecito avesse assunto connotazione di penale rilevanza per estenderla a tutti i casi di abusiva erogazione del credito includendo cioè anche quelli che rimangano circoscritti entro il perimetro della sfera civilistica[8].
Una duplice legittimazione, dunque, che, peraltro, non esaurisce il ventaglio delle possibili iniziative giudiziarie nei riguardi del soggetto che abbia finanziato l'impresa fallita che sarà passibile di tutte quelle ulteriori azioni risarcitorie che i singoli creditori potranno autonomamente attivare al fine di ottenere il ristoro, entro il limite del c.d. danno riflesso, del pregiudizio arrecato alla loro sfera giuridica.
Si delinea così un panorama processuale piuttosto aperto e variegato nel quale il dubbio che le azioni del curatore e quelle concorrenti dei singoli creditori danneggiati conducano nella pratica, nel loro risultato finale, ad un ristoro complessivo del danno in misura superiore a quello effettivamente arrecato, colorandosi di una connotazione punitiva, viene efficacemente fugato dal rigoroso rispetto del principio di "eccezionalità" delle ipotesi di doppia legittimazione, per la presenza indiscussa di beni giuridici oggetto di tutela tra loro differenti.

4. I confini della verifica del credito in sede di insinuazione al passivo.

La disamina del provvedimento emesso dal Tribunale di Rimini pone ulteriori spunti di riflessione per le molteplici tematiche giuridiche che affronta e certamente un aspetto particolarmente interessante è rappresentato dall'estensione del campo d'indagine che il Giudice fallimentare può esplorare nell'attività di verifica dello stato passivo al fine della decisione sulla ammissione o meno del credito insinuato.
La problematica ha avuto un effetto decisivo nel caso in esame se si pone mente al fatto che tanto il Giudice Delegato che il Tribunale fallimentare hanno negato l'ammissione al passivo del credito bancario ritenendolo estinto per compensazione e, dunque, estendendo la loro verifica oltre il confine tracciato dal fatto costitutivo della domanda per prendere in

[8] Cass. civ., 23 luglio 2010, n.17284; Cass. civ, 1 giugno 2010 n.13413; Cass. civ. 20 aprile 2017 n.9983.; Cass. civ. 12 maggio 2017 n.11798.

esame ogni ipotesi, per così dire esterna, che possa aver inciso sulla pretesa creditoria azionata.
Il fondamento normativo si rinviene nell'art. 95 l.f. che nel disciplinare, al comma primo, le attività propedeutiche alla formazione del progetto di stato passivo consente, in prima battuta, al curatore di eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, demandando poi al Giudice Delegato, in sede di udienza di discussione, il relativo potere decisionale sulle domande di ammissione «*nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore"*.
Se, quindi, il Giudice fallimentare è investito della competenza a decidere su eventuali fatti estintivi ovvero modificativi del credito di cui si chiede l'insinuazione al passivo, l'art. 24 l.f. riserva una competenza funzionale ed inderogabile in suo favore, competenza che concentra l'esame, in un unico contesto decisionale, sia dei fatti costitutivi dei crediti azionati dai creditori concorsuali e della loro opponibilità al fallimento sia dei contrapposti fatti estintivi o modificativi del credito che siano stati eccepiti dalla curatela fallimentare.
Peraltro, la disamina congiunta all'interno della stessa sede processuale deputata alla verificazione della esistenza di tutte le vicende collegate alla pretesa creditoria azionata, nel rispetto della rilevanza concorsuale del rapporto e con soluzione spiegante effetti all'interno della medesima procedura ammissiva, è stata valutata dalla giurisprudenza di legittimità[9] come la «*più puntuale realizzazione del giusto processo poiché consente una effettiva partecipazione ad esso di tutte le parti interessate ed incide in termini positivi sulla sua durata*", a dispetto di quanto avviene attraverso l'instaurazione di "*parentesi di cognizione esterne al procedimento concorsuale"*.
Proprio in ragione della consentita concentrazione nell'ambito del giudizio di opposizione allo stato passivo di una molteplicità di accertamenti riguardanti anche i fatti dedotti dalla curatela come estintivi della pretesa azionata dalla banca, il decreto in commento ha disciplinato ogni singolo profilo processuale e sostanziale del rapporto dedotto in lite, a cominciare dalla sussistenza del controcredito opposto dalla curatela e, con esso, la fondatezza della domanda risarcitoria per abusiva erogazione del credito, la liquidazione del danno anche al fine di poter poi operare la compensazione giudiziale nonché, infine, ma non per ultime, tutte le questioni pregiudiziali e preliminari attraverso le quali l'istituto bancario ha cercato, invano, di salvaguardare la propria posizione creditoria.
Quanto all'accertamento dell'evento di danno e del nesso di causalità materiale, il Tribunale riminese ha utilizzato la regola probatoria della c.d. preponderanza dell'evidenza (o "più probabile che non") ritenendo che la ridotta capienza del capitale sociale della finanziata (100.000 euro circa), specie se rapportata all'entità del finanziamento (oltre 20 milioni di euro), fosse indice sintomatico di un assetto economico della società estremamente fragile aggravatosi ulteriormente per effetto del finanziamento e dell'indebitamento prodottosi ai danni della finanziata a seguito dell'applicazione di interessi passivi su somme particolarmente elevate.
Applicando, poi, il criterio della regolarità causale nell'accertamento delle conseguenze risarcibili, ha ritenuto il Tribunale che il danno prodotto dalla condotta illecita della banca potesse quantificarsi in una somma quantomeno corrispondente all'ammontare dell'indebitamento della sovvenzionata nei confronti della banca, non escludendo, tuttavia, la probabilità di un danno maggiore, da liquidarsi con valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., in considerazione di un ampliamento del dissesto patrimoniale della società con riferimento ad altri rapporti contrattuali pendenti con soggetti terzi.
Il Tribunale riminese, in conclusione, non ravvisando la necessità di provvedere alla quantificazione del maggior danno al fine di statuire sull'opposizione allo stato passivo svolta dall'istituto bancario, valutava fondata e corretta l'eccezione di compensazione sollevata dalla curatela fallimentare sia con riferimento all'esposizione debitoria riferita all'apertura di credito che al saldo negativo del rapporto di conto corrente, crediti entrambi insinuati dalla banca ed esclusi dallo stato passivo.

5. Alcune riflessioni conclusive.

La decisione in commento, a prescindere dall'impatto dirompente che essa verosimilmente avrà avuto nell'ambito del fallimento in questione, anche per il valore del contendere, suscita una riflessione di carattere generale.
Raccogliendo qualche spunto suggestivo già evidenziato in passato da altri commentatori[10], si ritiene condivisibile l'opinione che intravede nella fattispecie di abusiva erogazione del credito un tentativo di allargare i confini della responsabilità civile e di introdurre una forma di responsabilizzazione dell'attività creditizia.

[9] Cass. civ, 15 ottobre 2019, n. 10528.
[10] M. Bondioni, *Gli incerti confini della concessione abusiva del credito,* in *diritto bancario.it*, 2018; A. Scarpa e G. Fortunato, in *Banche e responsabilità civile,* 2008, pag. 37.

L'operazione, peraltro, risulta essere particolarmente difficoltosa per la insopprimibile necessità di raggiungere un equilibrio di sintesi tra due contrapposti valori, entrambi di rilievo costituzionale, la libertà di iniziativa economica, da un lato, ed i vincoli di solidarietà sociale, dall'altro, nella piena consapevolezza che l'attività bancaria è, comunque, pur sempre un'attività di impresa ma che la stessa non può tradursi in una situazione di pericolo per la tenuta del sistema economico nel suo complesso.
Se, cioè, anche all'imprenditore finanziario, al pari di ogni altro imprenditore, occorre riconoscere la libertà di assumere profili di rischio nella gestione dell'attività di impresa, come avviene comunemente in tutti i settori economici, occorre, tuttavia, impedire che il rischio assunto dalla banca di non vedersi restituire il finanziamento concesso al soggetto che ne faccia richiesta si tramuti in un rischio generalizzato per tutti gli altri operatori economici che intrattengano relazioni commerciali con il soggetto finanziato.
Peraltro, occorre prendere atto di come l'approccio culturale ed anche giuridico al tema della crisi di impresa stia mutando per il formarsi di un nuovo convincimento non più monopolizzato dalla priorità di mettere in campo misure di salvataggio per l'impresa in difficoltà, a prescindere dai loro elevati costi anche sociali; oggi l'obiettivo è piuttosto un altro, ossia quello di evitare che l'operatore non più meritevole di far parte del circuito economico possa contaminare le altre imprese ancora *in bonis* innescando un effetto a catena con ripercussioni sull'intero sistema Paese.
La priorità diventa, allora, quella di estromettere dal mercato l'impresa in difficoltà attraverso misure di allerta anticipate prima che sopraggiunga l'insolvenza, od anche più semplicemente la crisi.
Il nuovo scenario che si delineerà con l'imminente entrata in vigore del codice della crisi dell'impresa ed il diffondersi di provvedimenti in sintonia con quello oggetto della presente nota contribuiranno - è ragionevole ritenere - ad una efficace responsabilizzazione dell'attività creditizia.

CASELLA P.E.C. PIENA E PERFEZIONAMENTO DELLA NOTIFICA TELEMATICA

Casella p.e.c. piena e perfezionamento della notifica telematica

di Mirco Minardi.

DEL 18 MARZO 2020

Sommario

1. Il perfezionamento della notifica telematica
2. L'orientamento che nega il perfezionamento della notifica in caso di casella piena
3. Il reveriment della Suprema Corte
4. Rilievi critici verso il nuovo orientamento

1. Il perfezionamento della notifica telematica

L'art. 3-bis, comma 3, della L. 54/1994 stabilisce che la *"notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, nel momento in cui viene generata la ricevuta di accettazione prevista dall'articolo 6, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68 e, per il destinatario, nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna prevista dall'articolo 6, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68"*.

Affinché la notifica si perfezioni, pertanto, è necessario che il gestore del sistema di p.e.c. del destinatario rilasci al mittente un avviso che prende il nome di Ricevuta di Consegna (d'ora in poi, per brevità, RdC).

Non sempre, però, il gestore del destinatario rilascia la RdC. Ciò può accadere per diversi motivi, tra cui quelli più frequenti sono la disattivazione della casella p.e.c. (ad es. per mancato rinnovo del contratto) e il raggiungimento del limite massimo di capacità. Lo spazio di archiviazione delle p.e.c. fornito di *default* dai gestori, infatti, è assai limitato (solitamente 1-2 gb), per cui tende ad esaurirsi in tempi brevi se nel frattempo la casella non viene svuotata.

Quando questo accade si tratta di stabilire se la notifica possa comunque considerarsi perfezionata, tenuto conto che la mancata consegna dipende quasi sempre da una cattiva gestione da parte del suo titolare e non, dunque, da un evento esterno non prevedibile.

A tal riguardo, occorre distinguere nettamente due ipotesi. La prima riguarda le notificazioni e le comunicazioni effettuate dalla cancelleria. L'art. 16, comma 6 del d.l. 179/2012[1] stabilisce che *"Le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalità si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario"*. In questo caso, pertanto, l'impossibilità di recapitare il messaggio p.e.c. a causa del riempimento della casella è imputato di diritto al ricevente, con l'effetto che la comunicazione e la notifica si intenderanno effettuate con il semplice deposito in cancelleria del provvedimento.

Una disposizione di questo tipo non esiste, invece, con riferimento alle notifiche effettuate dagli avvocati, per cui si tratta di stabilire se in siffatta ipotesi la notifica possa ritenersi comunque perfezionata.

2. L'orientamento che nega il perfezionamento della notifica in caso di casella piena

Fino al 2019, la S.C., nelle poche occasioni in cui si è trovata di fronte alla suddetta problematica, ha sempre ritenuto che il comma 6 del d.l. 179/2012 fosse applicabile alla sola ipotesi della comunicazione/notificazione effettuata dalla cancelleria e non quindi al caso di notifica effettuata dagli avvo-

[1] Convertito in L. n. 221 del 2012, come modificato dall'art. 47 del d.l. n. 90 del 2014, conv. in l. n. 114 del 2014.

cati e ciò sulla base del tenore letterale delle norme, stabilendo l'art. 3-bis, comma 3, della L. 53/1994 che il perfezionamento avviene con il rilascio della RdC.
Sulla base di tale argomento, Cass. Civ., sez. VI, 18/11/2019 n. 29851 ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per cassazione, poiché a fronte del mancato perfezionamento della notifica proprio a causa del riempimento della casella p.e.c., il ricorrente si era limitato a depositare il ricorso nella cancelleria della Corte e non, invece, a riattivare il processo notificatorio con immediatezza, svolgendo con tempestività gli atti necessari al suo completamento, come precisato da Cass. Civ., Sez. Un., 15 Luglio 2016, n. 14594[2]. Le stesse considerazioni si trovano anche nella precedente Cass. Civ., sez. V, 20/7/2018, n. 19397 e più di recente è stato ribadito da Cass. Civ., sez. lav., 30/12/2019, n. 34736.

3. Il reveriment della Suprema Corte

Il principio è stato però messo in discussione dalla recente ordinanza Cass. Civ., sez. VI, 11/02/2020, n. 3164, la quale ha invece affermato che la notifica telematica si intende perfezionata anche qualora la mancata generazione della RdC dipenda dalla incapienza della casella p.e.c. del destinatario.
Nel caso di specie il controricorso era stato depositato in cancelleria con la ricevuta di mancata consegna telematica per casella piena, senza che a fronte di tale evento si fosse tentata la notifica con "metodi tradizionali".
La Cassazione riconosce che l'art. 16, comma 6, d.l. 179/2012 è dettato esclusivamente per le notificazioni e comunicazioni di cancelleria, ma afferma che l'ordinamento contiene una norma di contenuto sostanzialmente omologo nel codice di procedura civile ovvero l'art. 149-bis, terzo comma, cod. proc. civ. in tema di notificazioni a mezzo posta elettronica eseguite dall'ufficiale giudiziario, il quale stabilisce che "*la notifica si intende perfezionata nel momento in cui il gestore rende disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario*".
Il Collegio afferma che tale disposto vada inteso nel medesimo senso indicato più esplicitamente dal disposto del d.l. 179/2012, in quanto è onere del difensore provvedere al controllo periodico della propria casella p.e.c. Un simile onere, aggiunge la Corte, è finalizzato ad assicurare che gli effetti giuridici connessi alla notifica di atti tramite lo strumento telematico si possano produrre nel momento in cui il gestore del servizio p.e.c. rende disponibile il documento nella casella di posta del destinatario.
Per la Cassazione, "*l'espressione «rendere disponibile» , figurante nel citato disposto codicistico, individua un'azione dell'operatore determinativa di effetti potenziali e non una condizione di effettività della detta potenzialità dal punto di vista del destinatario»*; pertanto si giustifica la conclusione che, "*qualora il «rendere disponibile» quale azione dell'operatore non possa evolversi in una effettiva disponibilità da parte del destinatario per causa a lui imputabile, come per essere la casella satura, la notificazione si abbia per perfezionata, con la conseguenza che il notificante può procedere all'utilizzazione dell'atto come se fosse stato notificato*".
Pertanto, l'art. 3-bis, comma 3, della L. n. 53 del 1994, là dove allude, come momento di perfezionamento della notificazione dal punto di vista del destinatario, al *"momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna prevista dall'articolo 6, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68"*, si presterebbe ad essere inteso nel senso che a tale ricevuta deve equipararsi anche quella con cui l'operatore attesta l'avere rinvenuta la casella di p.e.c. piena.
Ciò implica che la consegna non sia potuta effettivamente avvenire (nel senso dell'inserimento nella casella del destinatario), ma giustifica la conclusione che, essendo tale evento imputabile al destinatario, l'inserimento debba ritenersi come avvenuto, sì da equivalere ad una consegna effettiva.
Non solo. Il Supremo Collegio aggiunge che siffatta complessiva ricostruzione è giustificata anche alla luce del precetto di cui all'art. 138, secondo comma, cod. proc. civ., il quale considera il rifiuto del destinatario di ricevere la copia di un atto che si tenti di notificargli a mani proprie come equivalente ad una notificazione di tale genere. Il lasciare la casella di p.e.c. satura equivarrebbe infatti ad un preventivo rifiuto di ricevere notificazioni tramite di essa e l'essere il titolare direttamente responsabile della sua gestione giustificherebbe il considerare la conseguenza di tale atteggiamento come equipollente ad una consegna dell'atto.

4. Rilievi critici verso il nuovo orientamento

Le considerazioni svolte nell'ordinanza n. 3164/2020 si prestano a più di una critica. Come prontamente evidenziato dalla dottrina[3] all'indomani della sua pubblicazione, il richia-

[2] Il principio affermato dalle Sezioni Unite è il seguente: *"La parte che ha richiesto la notifica, nell'ipotesi in cui la stessa non sia andata a buon fine per ragioni a lei non imputabili, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve attivarsi con immediatezza per riprendere il procedimento notificatorio e svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento entro un limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c. per ciascun mezzo di impugnazione, salvo circostanze eccezionali di cui sia data rigorosa prova»*.
[3] Roberto Arcella, *Discutibile pronuncia della Cassazione: mancata consegna della pec di notifica ex L. 53/94 equivale a notifica perfezionata*, in avvocatotele-

mo agli artt. 149-bis e 3-bis, comma 3, L. 53/1994 non sembrano pertinenti. Difatti, la prima norma fa espresso riferimento alla disponibilità del documento nella casella di posta elettronica dei destinatari, circostanza questa che non si verifica affatto in caso di mancata consegna. La seconda, invece, stabilisce espressamente che la notifica si perfeziona nel momento in cui viene generata la ricevuta di consegna. La disponibilità del messaggio avviene solo quando viene generata la RdC, mentre nessuna disponibilità si ha nel caso in cui venga emesso l'avviso di mancata consegna. Sicché, è stato correttamente affermato che *"La mancata consegna è l'esatta antitesi dell'evento previsto dal comma 3 dell'art. 3-bis L. 53/1994, e non corrisponde neppure a quanto indicato nell'art. 149-bis c.p.c."*[4].
Altrettanto discutibile è la parificazione operata dalla Corte tra casella piena e rifiuto della consegna. Nel primo caso, infatti, la mancata consegna può dipendere sia da colpevole disattenzione del suo titolare, ma anche da un massivo recapito di p.e.c. avvenuto in tempi recenti. Nel secondo, invece, il destinatario pone in essere un comportamento consapevolmente volto ad impedire la consegna dell'atto da parte dell'Ufficiale Giudiziario.
Gli argomenti utilizzati dalla Corte non sembrano idonei a giustificare il cambio di rotta, in quanto forzano oltre misura il tenore letterale delle disposizioni, penalizzando eccessivamente i destinatari della notifica a fronte di un onere di rinnovazione della notificazione di cui il notificante viene a conoscenza nell'immediatezza e dunque facilmente assolvibile nei tempi stabiliti dalle Sezioni Unite con la sopra richiamata pronuncia n. 14594/2016.
Va da ultimo segnalato, che Cass. Civ., sez. VI, 05/02/2020, n. 2755, sulla base degli stessi argomenti fatti proprio dalla ordinanza n. 3164/2020 ha rimesso la decisione della questione all'udienza pubblica, ritenendo prospettabili differenti ricostruzioni *"da offrire al contraddittorio"*.

matico.studioarcella.it
[4] Per questi rilievi si veda ancora R. Arcella, *op. ult. cit.*

INOPPONIBILITÀ DELLA LOCAZIONE STIPULATA IN ASSENZA DI AUTORIZZAZIONE DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

L'inopponibilità della locazione stipulata in assenza di autorizzazione del giudice dell'esecuzione: conseguenze e limiti

(Nota a Cassazione civile, Sezione III, sentenza del 14 novembre 2019, n. 29491)

Di Viola Depau

DEL 20 MARZO 2020

Sommario

1. La vicenda
2. Sulla validità ed efficacia del contratto di locazione
3. Sul pagamento dei canoni al creditore apparente
4. Sul diritto al risarcimento per occupazione sine titulo dell'immobile
5. Considerazioni finali

1. La vicenda

Cassazione civile, Sezione III, sentenza del 14 novembre 2019, n. 29491 (Presidente: Amendola Adelaide - Giudice relatore: Gorgoni Marilena)

Espropriazione immobiliare - locazione in assenza di autorizzazione - opponibilità - inefficacia - creditore apparente - occupazione sine titulo

La presente vertenza riguarda il contratto di locazione verbalmente stipulato dagli eredi del debitore esecutato, in relazione ad un immobile già oggetto di pignoramento: il conduttore D.M.A., infatti, entra in possesso dell'appartamento e corrisponde i canoni a Mo.El., presunto erede, nonostante la procedura esecutiva in corso.

Il processo di merito è intrapreso da parte di D.C.C. che, in qualità di custode giudiziario dell'immobile predetto, rileva l'illegittimità dell'atto di disposizione compiuto dai locatori, in quanto avvenuto in assenza dell'apposita autorizzazione del giudice dell'esecuzione, in contrasto con il disposto di cui all'art 560 c.p.c.

Il ricorrente, dunque, agisce in giudizio per sentir dichiarare l'inefficacia e inopponibilità del contratto di locazione alla procedura esecutiva, con l'obiettivo finale di ottenere la condanna del conduttore al risarcimento del danno derivato dall'occupazione *sine titulo* dell'immobile, nonché al pagamento dei canoni precedentemente corrisposti al locatore.

Nel giudizio di primo grado, la Corte territoriale rigetta la domanda attorea, ritenendo in buona fede il possesso dell'immobile da parte del conduttore; sentenza confermata in sede d'Appello.

Ciononostante, D.C.C. decide di rivolgersi alla Corte di Cassazione, avanzando quattro motivi di ricorso:

– per violazione dell'art 112 c.p.c., in quanto la Corte d'Appello avrebbe erroneamente sostenuto che la locazione stipulata dal locatore fosse continuata con il subentro del custode al locatore, ritenendo che la domanda attorea fosse esclusivamente riferita alla validità del contratto di locazione;
– per violazione delle disposizioni *ex* artt. 65 e 560 c.p.c., le quali sarebbero state fatte oggetto di una erronea interpretazione da parte della Corte territoriale, giunta alla conclusione che, vista l'avvenuta surrogazione del cu-

stode nella posizione del locatore, con successiva regolare percezione dei canoni di locazione, il ricorrente non potesse agire nei confronti del conduttore per occupazione senza titolo, dovendosi rivolgere al debitore esecutato per ottenere la restituzione dei canoni di locazione illegittimamente percepiti;
- per nullità della sentenza o del procedimento ed omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti da parte della Corte d'Appello in ordine alla stipulazione del contratto;
- per nullità della sentenza per motivazione apparente e per violazione degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.

Premesso quanto sopra, al fine di comprendere la decisione cui perviene la Corte di Cassazione, è opportuno esaminare in chiave ermeneutica i fatti di causa, richiamando l'attenzione sugli istituti giuridici coinvolti e analizzarne le conseguenze della violazione del divieto *ex*art 560 c.p.c., in termini di diritto sostanziale e processuale.

2. Sulla validità ed efficacia del contratto di locazione

Per quanto concerne la locazione in corso, tralasciando le questioni relative alla forma adottata per la stipulazione dell'accordo, i giudici di legittimità affermano che essa deve definirsi pienamente valida, sebbene inopponibile alla massa dei creditori.
In merito, la Cassazione richiama il noto principio per cui, per poter costituire un diritto personale di godimento su un immobile, non è necessario che l'atto di disposizione sia compiuto dal titolare del diritto di proprietà. Emerge all'uopo la natura personale, e non reale, degli effetti scaturenti dalla locazione, per la stipulazione della quale non è richiesto un effettivo legame di appartenenza tra il bene e il locatore.
Pertanto, la validità della locazione non è messa in discussione per il mero fatto di essere stata stipulata dal *locatore non proprietario*: nella fattispecie, a prescindere dall'effettiva verifica sulla qualità di erede, Mo.El. aveva la materiale disponibilità dell'immobile, come tale pacificamente idonea a trasferirne la detenzione e costituirvi un diritto personale di godimento.
Ciò che, invece, i giudici ritengono dirimente per l'esame della controversia è che tale atto dispositivo, costitutivo di un diritto personale di godimento su un immobile, sia stato compiuto a seguito di un pignoramento, in assenza dell'autorizzazione del giudice dell'esecuzione, manifestandosi in palese contrasto con il disposto di cui all'art 560 c.p.c.
Con tale norma, il legislatore esprime chiaramente il divieto, per il debitore ed il terzo nominato custode, di dare in locazione l'immobile pignorato in assenza del menzionato provvedimento concessorio: invero, spetta esclusivamente all'organo giudicante operare *ex ante* una valutazione in merito al potenziale carattere vantaggioso di un negozio giuridico relativo al bene pignorato, al fine di evitare un eventuale pregiudizio in danno ai creditori.
Eppure, nonostante il suo carattere apparentemente imperativo, la norma processuale nulla dichiara circa le conseguenze scaturenti dalla violazione di siffatto divieto, colmabile in via logico-interpretativa, una volta analizzata la *ratio* alla base dell'istituto del pignoramento e la disciplina ad esso applicabile, illuminata dallo scopo finalistico a presidio della procedura esecutiva, ossia la soddisfazione delle ragioni creditorie.
La Cassazione rammenta il principio per cui "*il pignoramento determina un mero limite al potere dispositivo del debitore esecutato*", poiché non provoca alcun mutamento in ordine alla condizione giuridica del bene, né sulla capacità giuridica del debitore stesso, che può finanche trasferire a terzi il diritto di proprietà.
In particolare, con riferimento a tale ultimo inciso, è l'art 2913 c.c. a dichiarare espressamente inefficaci, nei confronti del creditore procedente e dei creditori intervenuti, gli atti di alienazione aventi ad oggetto il bene pignorato: in conformità alla menzionata *ratio* alla base del pignoramento, (no-no)stante la pregnante incidenza che essi hanno sulla condizione e circolazione giuridica del bene, la norma si limita a sancirne la mera inefficacia relativa, la quale resta *"subordinata all'esistenza ed alla permanenza del vincolo derivante dal pignoramento"*[1].
Atteso quanto sopra, emerge chiaramente la profonda differenza tra la norma citata e quanto menzionato all'art 560 c.p.c., il quale, pur non esprimendosi in ordine alle conseguenze, definisce espressamente il divieto di locazione sull'immobile pignorato in assenza di una decisione autorizzativa del giudice dell'esecuzione, lasciando aperta la possibilità di interpretare come nullo il contratto così stipulato, ai sensi dell'art 1418 comma 1 c.c.
Occorre rilevare, tuttavia, come una sanzione di tale portata si rivelerebbe eccessiva per i contratti costitutivi di diritti personali di godimento, i quali, non comportando un mutamento nella condizione giuridica del bene, non lo sottraggono alla sua funzione di garanzia, potendo rivelarsi addirittura utili e vantaggiosi per i fini della procedura.
Se, dunque, per gli atti di alienazione è sufficiente configurare la sanzione dell'inefficacia relativa, *a fortiori* deve concludersi che anche per i contratti costitutivi di diritti perso-

[1] Cass. civ., Sez. III, 25 ottobre 1972, sentenza n. 3255.

nali di godimento adottati in violazione del divieto ex art 560 c.p.c. può applicarsi, in via estensiva, il medesimo trattamento, nonostante il carattere apparentemente imperativo della norma processuale.
Se non autorizzati, quindi, i contratti di locazione in questione restano inopponibili ai creditori e all'aggiudicatario: *"ciò è conforme ai principi generali in materia perché il pignoramento non priva ancora il debitore della proprietà dei beni attinti al vincolo, e gli atti di alienazione o di disposizione di tali beni compiuti possono essere, secondo i casi, se non autorizzati, inefficaci in modo relativo, cioè in confronto del creditore procedente e/o di quelli intervenuti nel medesimo procedimento e/o dell'aggiudicatario; e l'art 560 c. 2 si colloca appunto in questa disciplina»*[2].
In conclusione, venendo alla fattispecie *de qua*, anche la locazione stipulata tra gli eredi ed il conduttore D.M.A. in assenza di espressa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, pur non incorrendo in profili di invalidità, risulta affetta da inefficacia relativa e, come tale, è inopponibile alla massa dei creditori.

3. Sul pagamento dei canoni al creditore apparente

In ossequio al dettato normativo, nell'ipotesi in cui, in pendenza di una procedura espropriativa, il giudice dell'esecuzione autorizzi la locazione dell'immobile pignorato, *"il locatore - proprietario perde la legittimazione sostanziale sia a richiedere al conduttore il pagamento dei canoni, sia ad accettarli, spettando tale legittimazione in via esclusiva al custode, fino al decreto di trasferimento del bene"*[3]: si verifica, dunque, la surrogazione del custode nella posizione giuridica del locatore, con relativa legittimazione a ricevere i canoni corrisposti al locatore.
Nel caso *de quo*, tuttavia, rilevata l'assenza di un preventivo vaglio autorizzatorio da parte del giudice, il descritto fenomeno di successione dal lato attivo del rapporto obbligatorio non si verifica. Nonostante una procedura esecutiva ormai in corso, il conduttore continua a corrispondere i canoni di locazione solo ed esclusivamente all'erede Mo.El., provocando così un pregiudizio non indifferente verso i creditori esecutanti.
Sul punto, infatti, occorre precisare che i canoni di un contratto di locazione, in quanto inquadrabili nella nozione di "frutti civili", ai sensi dell'art. 2915 c.c. confluiscono nella somma da distribuire ai creditori: qualora questo non avvenga, si determina un evidente nocumento alla massa attiva dell'espropriazione immobiliare.
In siffatte ipotesi è legittimo, oltre che doveroso, per il custode giudiziario, richiedere il pagamento dei canoni non versati, in considerazione dell'assunto per cui, ai sensi dell'art 65 c.p.c., spetta al custode medesimo l'obbligo di conservare ed amministrare il bene esecutato in pendenza della procedura, con il precipuo obiettivo di preservarne la funzione di garanzia: s'intuisce, pertanto, la fondatezza dell'interesse ad agire alla base del ricorso esperito da D.C.C.
Eppure, nonostante il riscontrato pregiudizio arrecato ai creditori, nonché l'inefficacia scaturente dalla violazione dell'art 560 c.p.c., la Cassazione decide di non condannare D.M.A. al pagamento dei canoni già corrisposti, richiamando, all'uopo, il principio dell'*apparentia iuris.*
Come noto, l'art 1189 c.c. riconosce efficacia liberatoria al pagamento effettuato dal debitore in buona fede a chi appare legittimato a riceverlo, a condizione che sussista una *"situazione di fatto non corrispondente alla situazione di diritto, accompagnata dal convincimento del terzo, derivante da errore scusabile, che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica"*[4].
Pertanto, in ragione della *"mancanza di un sistema di conoscenza legale del pignoramento dell'immobile da parte di chi ne abbia il godimento"*, i giudici decidono di tutelare l'affidamento mostrato dal conduttore nell'eseguire la prestazione nei confronti di colui che appariva, di fatto, legittimato a riceverla, non potendo il custode pretendere che egli sia costretto a pagare due volte, per lo stesso titolo.
In particolare, la stessa Corte d'Appello rilevava come, una volta avuto conoscenza del pignoramento in corso, D.M.A. avesse iniziato a corrispondere i canoni al custode surrogatosi nella posizione del locatore - debitore: difficilmente, dunque, poteva addebitarsi un profilo di responsabilità al conduttore, il cui comportamento si qualifica, anche per la Cassazione, in termini di buona fede.
Ne consegue che il pagamento effettuato dal terzo in buona fede resta opponibile alla massa dei creditori, con conseguente effetto liberatorio a favore del conduttore: effetto liberatorio che ha, quale ulteriore esito, la conseguenza che al custode non resta che agire nei confronti del debitore per ripetizione d'indebito, *ex*art 2033 c.c., affinché i canoni, quali frutti civili, siano riversati a favore della procedura.

[2] Trib. di Bari 19 aprile 2004, www.giurisprudenzabarese.it.
[3] Cass. civ., Sez. III, 3 ottobre 2005, sentenza n. 19323.
[4] Cass. civ., Sez. III, 27 ottobre 2005, sentenza n. 20906.

4. Sul diritto al risarcimento per occupazione sine titulo dell'immobile

Una volta affrontata l'opponibilità alla massa dei creditori del pagamento effettuato in buona fede dal conduttore, è necessario soffermarsi sull'ulteriore differente effetto scaturente dalla violazione dell'art 560 c.p.c., la quale, seppur consente di mantenere valida la locazione stipulata rendendola meramente inefficace, determina l'illegittimità dell'occupazione dell'immobile da parte del conduttore.

La stessa giurisprudenza di merito affronta la questione, affermando che, secondo quanto normativamente disposto, il contratto di locazione stipulato in assenza dell'autorizzazione del giudice dell'esecuzione, in seguito ad un pignoramento notificato e trascritto, *"pur essendo valido per i contraenti, non produce effetti nei confronti dei creditori, per i quali la detenzione dell'immobile da parte dell'affittuario risulta essere sine titulo e quindi illegittima"*; tale assunto porta con sé la conseguenza per cui, in tali ipotesi, *"il conduttore è tenuto al pagamento del risarcimento del danno, sottoforma di indennità per occupazione illegittima"*[5].

In motivazione, la Cassazione richiama un proprio precedente giurisprudenziale in riferimento all'indennità da occupazione per ritardata riconsegna dell'immobile da parte del conduttore, entrato in possesso del bene in forza di un titolo non opponibile alla procedura esecutiva: invero, *"per tutta la durata del processo di espropriazione perdura il diritto dei creditori a che i proventi della utilizzazione del bene entrino a comporre la somma da distribuire e che dunque la tardiva riconsegna impedisce in loro danno una più proficua utilizzazione del bene pignorato"*[6].

Tanto premesso, visti gli obblighi di custodia e amministrazione del bene gravanti sul custode giudiziario *ex* dell'art 65 c.p.c., cui spetta la legittimazione all'esercizio delle azioni processuali più idonee a preservare la sua funzione di garanzia, ritenuto che il risarcimento si considera un frutto civile ai sensi dell'art. 2915 c.c., il *quantum* liquidato dal giudice a titolo di danno da occupazione illegittima dell'immobile da parte di D.M.A. deve confluire nella massa attiva dell'espropriazione immobiliare.

E, invero, correttamente il D.C.C. veniva autorizzato dal giudice dell'esecuzione ad agire a tal titolo nei confronti del conduttore.

Cionondimeno, pur avallando siffatta scelta processuale, i giudici di legittimità ritengono opportuno precisare che, in simili ipotesi, al custode è consentito agire per ottenere la mera differenza tra il *quantum* dovuto per l'occupazione illegittima dell'immobile, ove maggiore, e quanto già corrisposto al locatore a titolo di canoni di locazione.

In altri termini, ritenuto che il conduttore non può essere tenuto a pagare due volte per lo stesso titolo, il custode ha diritto ad ottenere un importo ulteriore, a titolo di risarcimento per l'illegittima occupazione del bene, solo ove questo sia effettivamente maggiore della somma dei canoni non corrisposti; peraltro, tale *quid pluris* è oggetto di onere probatorio a carico del ricorrente.

Quanto appena esposto non avviene nella controversia in esame: infatti, a seguito dell'effettiva surrogazione nel lato attivo del rapporto da parte del debitore, il custode accetta i canoni senza opporre alcuna riserva in ordine a quanto eventualmente spettantegli "in aggiunta" per l'occupazione illegittima; per i giudici, deve ritenersi, allora, che egli *"abbia riconosciuto la somma congrua e tacitativa di ogni spettanza"*.

Per queste ragioni, pur ritenendo in parte fondate le prospettate questioni di diritto, la Cassazione conclude con il rigetto del ricorso, non avendo il ricorrente fornito la prova del *quantum* preteso.

5. Considerazioni finali

La sentenza in commento pone in risalto un'importante lacuna sistematica dell'ordinamento, che non contempla un meccanismo idoneo a consentire al conduttore di avere notizia dell'eventuale procedimento espropriativo avente ad oggetto l'immobile da lui occupato.

Si richiama, *in primis*, quanto disposto dall'art 555 c.p.c., che pone a carico del creditore pignorante, da un lato, l'obbligo di provvedere alla notificazione al debitore esecutato e, dall'altro, di eseguire la trascrizione dell'atto di pignoramento di cui all'art 179 disp att., idonea a garantire una conoscenza soltanto in via presuntiva.

Né, secondo la Cassazione, risulta utile l'art 498 comma 1 c.p.c., in base al quale solo i creditori titolari di un diritto di prelazione sui beni pignorati hanno diritto ad essere avvertiti dell'iniziata espropriazione.

In effetti, nessuna norma descrive un'apposita disciplina che contempli l'eventuale conduttore dell'immobile staggito; né altrove è previsto un obbligo di comunicazione al medesimo da parte del debitore - locatore, successivamente al pignoramento; né si ritiene rilevante, in tale ipotesi, la norma di cui all'art 1380 c.c., volta a disciplinare fattispecie differenti.

Si decide, pertanto, di tutelare l'affidamento del condutto-

[5] Tribunale di Nocera Inferiore, 13 luglio 2012, *De Jure*
[6] Cass. civ., Sez. III, 16 gennaio 2013, sentenza n. 924.

re nel pagamento dei canoni effettuato al debitore non autorizzato, in forza dell'inesistenza di un sistema di conoscenza reale o presuntiva del pignoramento del bene immobile in suo godimento.

Anche nell'ipotesi in esame, la Cassazione sposa l'orientamento per cui *"deve ammettersi, ai fini dell'opponibilità delle cessioni dei canoni con effetti nei confronti del conduttore, che a costui debba essere data notizia dell'avvenuto pagamento e dell'intervento nel processo esecutivo del creditore ipotecario, affinché per il conduttore sussista l'obbligo di pagare i canoni futuri al soggetto legittimato a riceverli ai sensi della norma dell'art 2812 c.c.comma 4"*[7].

In merito, a parere dello scrivente, la peculiarità di tale sentenza consiste nella scissione, sul piano giuridico, delle conseguenze derivanti dalla violazione dell'art 560 c.p.c.: è fatto salvo il rapporto contrattuale tra le parti e si valorizza la buona fede del conduttore nel pagamento dei canoni al locatore; tuttavia, resta ferma l'inevitabile inefficacia della locazione nei confronti dei creditori e l'illegittimità dell'occupazione.

Infatti, nonostante la presenza di un titolo dichiarato valido, a causa dell'acclarata violazione, il godimento del conduttore si configura come occupazione dell'immobile da parte di un terzo non legittimato, produttiva di un potenziale danno ai creditori, tale da legittimare il custode ad agire per il risarcimento dei danni occorsi.

Peraltro, proprio in ordine all'asserito danno derivante da occupazione illegittima di immobile, deve rilevarsi, come, in ordine alla sua configurabilità, esistono attualmente due differenti orientamenti.

Nella fattispecie, le Corti territoriali, e la stessa Cassazione, decidono di avallare l'orientamento per cui il danno da occupazione illegittima si considera "*in re ipsa",* considerando non solo il valore di scambio del bene, da realizzarsi attraverso la vendita o l'assegnazione, ma anche il suo valore d'uso, idoneo a fondare un diritto al risarcimento per mancato godimento .

Una parte consistente della giurisprudenza di legittimità propende per tale soluzione interpretativa, in quanto si considera il danno configurabile *ex se*, *"poiché discende dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dall'impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile"*[8]; così inteso, il danno diviene oggetto di presunzione *iuris tantum*, attribuendo in capo al proprietario un onere probatorio decisamente meno gravoso, con relativa liquidazione effettuabile dal giudice mediante presunzioni semplici.

Non deve sottacersi, tuttavia, la presenza di decisioni giurisprudenziali che escludono la configurabilità del danno *in re ipsa*, quale pregiudizio che coincide in via automatica con la lesione soggettiva del diritto o di altra situazione giuridica soggettiva. In particolare, con riguardo alla ritardata consegna di un immobile, vista la funzione compensativa e ripristinatoria della responsabilità civile, la Cassazione ha affermato che il danno così inteso determina un *"corto circuito che porta a sovrapporre due costruzioni concettuali in realtà profondamente diverse: da un lato, la presunzione del danno direttamente discendente, omissio medio, dal mancato godimento/disponibilità dell'immobile; dall'altro, la possibilità di provare che da tale danno-evento discenda un danno-conseguenza, quantificabile nella perdita di occasioni di vendita o sfruttamento locativo, anche per mezzo di presunzioni semplici"*[9], consentendo al presunto danneggiato di omettere la prova del nesso di causalità giuridica tra il danno-conseguenza e l'evento lesivo.

Come è evidente, le tesi esposte sono assai differenti tra loro; nel caso in esame, è probabile che i giudici abbiano avallato il primo dei citati orientamenti per evitare per il custode ricorrente un onere probatorio più gravoso, favorendo così l'intera procedura espropriativa.

In ogni caso, ci si auspica che, in costanza di tale conflitto interpretativo, interverrà una pronuncia delle Sezioni Unite al fine di scongiurare eventuali disparità di trattamento per coloro che, in futuro, agiranno in giudizio con tale scopo.

[7] Cass. civ., Sez. III, 28 agosto 2007, sentenza n. 18194

[8] Ex multis: Cass. civ., Sez. II., 23 novembre 2018, ordinanza n. 30472; Cass. civ., Sez. II., 31 luglio 2019, sentenza n. 20708.

[9] Cass. civ., Sez. II., 24 aprile 2019, sentenza n. 11203.

LA DIVULGAZIONE DELLE PROVE NELLA NORMATIVA ANTITRUST

La divulgazione delle prove nella normativa antitrust nell'art. 5 della Direttiva Ue n. 104 del 2014

di Caterina Silvestri

DEL 23 MARZO 2020

L'art. 5 della dir. Ue n. 104 del 2014, definisce nella versione italiana «divulgazione delle prove» il peculiare istituto[1] previsto per acquisire documenti, ma più in generale le «prove» necessari nel giudizio di risarcimento danni in favore delle persone e delle imprese che siano state danneggiate da comportamenti anticoncorrenziali .

L'espressione pare derivare dalla traduzione della locuzione «*disclosure of evidence*» ricorrente nella versione inglese della direttiva, piuttosto che dal lemma «*production de preuves*» utilizzata nella versione francese. È lecito ritenere che la scelta sia del tutto consapevole e voluta proprio in considerazione della tradizione consolidata che la *disclosure* ha negli ordinamenti di *common law* e del suo significato ampio, tale da investire tutti gli elementi difensivi utilizzabili e non soltanto i documenti.

I lavori preparatori confermano l'espresso e preciso obiettivo della direttiva di «prevedere un accesso alle prove che consenta ai soggetti danneggiati di ottenere le informazioni pertinenti di cui hanno bisogno per intentare l'azione di risarcimento danni», che pur dovesse restare sotto il controllo giurisdizionale sia per garantire la preservazione dei diritti delle parti che potrebbero trarre nocumento da strumenti non proporzionati alle esigenze del contenzioso, quali il diritto alla riservatezza, sia per dare una delimitazione più chiara ai poteri del giudice, usciti troppo indefiniti dalla nota pronuncia Pfleiderer[2].

Il testo licenziato dal legislatore Ue è, del resto, inequivocabile nel considerare l'accesso alle informazioni, in una materia notoriamente caratterizzata dall'asimmetria informativa, come uno degli strumenti più incisivi nel perseguire l'intento di offrire«un pieno risarcimento» a coloro che siano stati danneggiati dalla violazione della normativa *antitrust*. Questo scopo ricorre come un mantra nei considerando e in numerose disposizioni della direttiva, correlato, forse indispensabilmente, al carattere effettivo della tutela: così enuncia il quarto considerando, richiedendo che ogni Stato membro disponga di «norme procedurali» e di «mezzi di ricorso» che «garantiscano l'effettivo diritto» al risarcimento e «una tutela giurisdizionale effettiva», come previsto dagli artt. 19, comma 2°, n. 2 tr. Ue. Fonte dell'informazione e fonte della prova traspaiono, in certi passi della direttiva, come elementi quasi sovrapponibili, che partecipano della stessa natura, costituita dall'esercizio di un adeguato diritto di difesa: così il quattordicesimo considerando, che sottolinea come informazioni e prove siano spesso

[1] Definisce, invece, «mediamente innovative» le norme in questione, A. Fabbri, *La "esibizione" istruttoria nel* private enforcement *del diritto* antitrust, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di Sassani, Pisa, 2017, p. 169.

[2] Così il Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del 6 marzo 2014, COM(2013) 404 final — 2013/0185 (COD), in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52013AE4975#ntr5-C_2014067IT.01008301-E0005*, cui appartengono le espressioni virgolettate del testo. Corte giust., 14 giugno 2001, *Pfleiderer AG* c. *Bundeskartellamt*, C-360/09, in *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-360/09&td=ALL*, la quale, adita in via di interpretazione pregiudiziale in materia di intese e in particolare sul regolamento n. 1 del 2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 tr. FUe, ha stabilito che le norme europee non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione, precisando che: «Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, procedendo a un bilanciamento tra gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione». Si veda anche *Green Paper*, *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, {SEC(2005) 1732}/* COM/2005/0672 final */, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672*, séguito dal *White Paper*, *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 2.4.2008 COM(2008) 165 final, in *https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_1_white_papers/com2008_white_paper_on_damages_actions_for_breach_of__ec_antitrust_rules.pdf*.

detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non siano accessibili al danneggiato, con ciò stigmatizzando anche quei sistemi processuali statali che richiedono un'indicazione dettagliata dei fatti e delle prove sin dall'avvio del giudizio, come in grado di «impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento»[3].

L'indicazione è ripetuta dall'art. 4, il quale richiama anche il principio di equivalenza, secondo il quale le violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE in nessun caso devono dare luogo a un trattamento meno favorevole di quello previsto per la violazione delle norme nazionali: si dica subito che, nel caso italiano, la tutela offerta dalla direttiva in questione è superiore a quella derivante dal diritto interno, che detta con la l. n. 287 del 1990 le norme a tutela della concorrenza e del mercato, nella quale non ricorre la previsione di accorgimenti processuali tarati sulle speciali esigenze di questo contenzioso.

L'art. 5 della direttiva, dunque, raccoglie e traspone sul piano istruttorio, le indicazioni di effettività della tutela, affidandole in larga misura all'istituto della divulgazione delle prove. Si osservi che l'assetto che quest'ultima riceve nella norma in questione, costituisce il suo contenuto minimo, la cui latitudine potrà essere ampliata, ma non ridotta, dai legislatori nazionali, come predica l'ultimo comma della disposizione, a tenore del quale «il presente articolo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove», ferme restando le garanzie che i giudici dovranno adottare per garantire la riservatezza delle informazioni e la tutela del terzo ingiunto, cui dovrà pure essere data la possibilità di essere sentito prima dell'ordine di divulgazione[4], che sole costituiscono profili esclusi dalla disponibilità dei legislatori nazionali[5]

Ciò precisato, l'art. 5 prevede l'istanza di parte, che dovrà essere motivata con riferimento all'azione intentata e ai «fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno» (art. 5, n. 1) e riguardare «la divulgazione delle prove rilevanti» che rientrino nel controllo del convenuto o del terzo.

Il giudizio di "ragionevole disponibilità" della prova e di "plausibilità" della domanda introducono, a mio avviso, a un margine di discutibilità sia sulla detenzione del documento da parte del terzo, sia sul valore probatorio che lo stesso è suscettibile di assumere nel giudizio, dando rilievo a una certa valenza esplorativa dell'istanza, che può investire questi due profili, ben distanti da quella impossibilità di provare altrimenti che ancor oggi soverchia l'utilizzabilità del nostrano ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c.

Mi pare che questa apertura esplorativa sia confermata dal successivo n. 2 dello stesso art. 5, il quale prevede che i giudici possano ordinare «la divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base dei fatti ragionevolmente disponibili nella richiesta motivata.».

È chiaro che anche nell'ottica del legislatore europeo debba esserci uno sforzo teso all'individuazione del documento, ma l'apertura alla «categoria di prove», incunea uno spazio di ricerca, consentendo una richiesta che investa, per esempio, tutta la documentazione concernente un certo periodo temporale, senza bisogno di una specifica indicazione del documento.

Certamente l'istituto tratteggiato dalla direttiva Ue non integra, e nemmeno si avvicina, alla *fishing expedition* di impronta statunitense, delineatasi, si ricorderà, nel caso Hickman del 1947, nel quale fu affermato che per proporre una domanda di *discovery* è sufficiente, cito a memoria, un'idea generale del pesce che il pescatore spera di catturare[6].

La direttiva non adotta finalità apertamente e dichiaratamente esplorative, ma traspare dal suo impianto generale la presa d'atto che il garantire l'accesso all'informazione e alla prova implica una necessaria attività di ricerca, che deve essere mirata e verosimile, ma che è altresì priva di certezza, atteso che è proprio il gap informativo e probatorio che l'istituto vuole colmare.

Per quanto inusuale nel nostro sistema, la direttiva vi trasporta, dunque, uno strumento istruttorio, la «divulgazione di prove», di nuovo conio e che va oltre la semplice acquisi-

[3] In senso adesivo i rilievi di De CRISTOFARO, *Innovazione e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del* private antitrust enforcement, cit., par. 8, e *ivi*, *supra*, nota n. 22.

[4] La possibilità dei legislatori nazionali di predisporre misure più incisive è, infatti, fatta salva dall'art. 5, n. 8 «fermi restando i paragrafi 4 e 7 e l'art. 6» che, appunto, disciplinano la divulgazione che implica doveri di riservatezza, la posizione del terzo e prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza.

[5] Sulla trasposizione della direttiva in Germania, Francia, Italia, Spagna, Inghilterra e Galles, AA.VV., *La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles*, *Dossier Concurrences*, in *Revue des droits de la concurrence*, 2015, 2, p. 11, può leggersi anche al seguente sito file:///C:/Users/Caterina%20Silvestri/Documents/Caterina/Universit%C3%A0/Articoli/Ordine%20di%20esibizione/03Concurrences_2-2015_Dossier_A.-S._Chone-Grimaldi_et_al-1.pdf

[6] *Hickman* v. *Taylor*, 329 *U.S.* 495 (1947). Per un'analisi dell'istituto statunitense, Taruffo, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni,* in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 355; Dondi, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in questa rivista, 2003, p. 164; Ficcarelli, *Esibizione di documenti e* discovery, cit., p. 142 ss.

zione del «documento», nozione compresa[7] ma non esaurita dal più ampio concetto di «prove», tra l'altro utilizzato al plurale, che «fornisce al giudice gli *strumenti necessari* per la ricostruzione in giudizio di accadimenti passati, consentendogli in tal modo di formare il proprio convincimento sulla verità (o sulla non verità) dei fatti storici»[8], come del resto precisa in senso analogo la definizione offerta dall'art. 3, n. 13 della direttiva.

Alla luce dell'impianto prescrittivo e degli scopi della direttiva, non mi pare che l'istituto europeo possa essere depotenziato e rimodellato sul calco dell'art. 210 c.p.c.[9] e magari della sua tradizionale restrittiva lettura.

Il timore è che questi ultimi soverchino anche la devoluzione delle prove Ue, già forse riletta in tono minore dal titolo «esibizione delle prove» con cui l'ha recepita l'art. 3, d.lgs. n. 3 del 2017.

L'utilizzo del termine «esibizione» è già una eco culturalmente sfavorevole e minacciosa di una pigra associazione interpretativa con l'esibizione documentale, benché il mantenimento del complemento «prove», al plurale, lasci aperta perlomeno l'aspirazione a un istituto più moderno e effettivo.

Molto è rimesso al respiro interpretativo che la giurisprudenza saprà offrire alla locuzione «categoria di prove», su cui si basa l'istituto e su cui pure sorge qualche sospetto di fedele ricezione, alimentato dal tono e dal tenore dell'art. 3, n. 2, del d.lgs. n. 3 del 2017. Quest'ultimo si premura di precisare, e inevitabilmente di circoscrivere, il significato della «categoria di prove», la quale nell'ordine di esibizione dovrà essere «individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione che rientrano nella stessa categoria.».

Natura, periodo, oggetto o contenuto, nell'ottica del legislatore italiano divengono, dunque, i parametri attraverso i quali trova specificazione e individuazione la classe di mezzi istruttori di cui intenderebbe avvalersi il danneggiato: si tratta di una elencazione di cui la norma non indica il carattere esemplificativo o tassativo, ma non può che ritenersi di natura meramente indicativa, atteso che argomentare diversamente esporrebbe l'art. 3 del d.lgs n. 3 del 2017, alla disapplicazione per contrarietà alla dir. n. 104 del 2014 la quale, come si è detto poco sopra, fissa parametri minimi delle tutele, non depotenziabili dai legislatori nazionali.

Di peculiare interesse è anche l'art. 5, n. 3, della direttiva, il quale demanda al giudice cui sia richiesto l'ordine di esibizione il giudizio di proporzionalità tra la misura richiesta e gli interessi in gioco. È la stessa norma a indicare gli aspetti che il giudice dovrà considerare, consistenti: a) «in quale misura la domanda di risarcimento gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove;»; b) «la portata e costi della divulgazione in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento;»; c) «se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate in particolari riguardanti parti terze, e le modalità atte a proteggere tali informazioni riservate.».

Si tratta, evidentemente, anche in questo contesto, di un giudizio di rilevanza che il giudice dovrà svolgere circa l'utilità della prova oggetto della richiesta di esibizione nell'àmbito dell'azione risarcitoria esercitata, ma questa utilità probatoria non costituisce l'unico profilo che il giudice deve valutare, aggiungendosi l'ineliminabile valutazione dei costi economici legati all'ordine in questione[10].

Il giudice dovrà anche preoccuparsi, alla luce di questi elementi, di combinare l'utilità suscettibile di essere tratta dall'esibizione con la natura riservata delle informazioni eventualmente portate dalla divulgazione (art. 5, n. 4).

Sul piano delle sanzioni, l'art. 8, n. 1 della direttiva, pur rimettendo alla legge interna la loro specificazione, individua i comportamenti che ne dovranno costituire l'oggetto: il mancato rispetto o

[7] Sulla nozione di documento, *supra* nota n. 1.

[8] La definizione è di Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, Torino, 2010, p. 181.

[9] Non mi pare che condividano le considerazioni da me espresse nel testo Finocchiaro, *La divulgazione delle prove nella direttiva* Antitrust Private Enforcement, in *Riv. dir. ind.*, 2016, 3, p. 221; De Santis, *Processo civile,* antitrust litigation *e* consumer protection, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1495; cfr. Giussani, *Direttiva e princìpi del processo civile italiano,* in *Quaderni di AIDA*, XXIV, Milano, 2015, p. 251, che mi pare si limiti a esprimere rilievi di comunanza on l'ordine di esibizione di diritto interno e la divulgazione di fonte Ue; Vincre, *La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile,* in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1153; sottolinea la novità della divulgazione rispetto all'ordine di esibizione Fabbri, *La "esibizione" istruttoria nel* private enforcement *del diritto* antitrust, cit., p. 175.

[10] Si tratta di un esempio di gestione del processo da parte del giudice al quale non sono estranee considerazioni di carattere economico; Cadiet, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. française d'administration publique*, 2008, n. 125, pp. 133-150, può leggersi all'indirizzo *internet https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm*; De Cristofaro, Case management *e riforma del processo civile inglese tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 290 ss.; Caponi, *Doing business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 10.

il rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale, la distruzione di prove, la violazione degli obblighi imposti dall'ordine a tutela di informazioni riservate, la violazione dei limiti all'uso delle prove previsti dalla direttiva medesima.
La stessa norma, al n. 2 detta anche i criteri di determinazione delle sanzioni, le quali dovranno essere «efficaci, proporzionate e dissuasive (...)». La disposizione accoglie anche quella che fu un tempo l'indicazione di Andrioli circa le conseguenze che la violazione dell'ordine di divulgazione è suscettibile di esplicare sul contenzioso, specificando che le sanzioni comprendono «la possibilità di trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese.»

L'art. 6 del d.lgs, n. 3 del 2017, ha recepito queste indicazioni e ha fissato serie sanzioni amministrative pecuniarie a carico della parte inadempiente, devolute a favore della cassa delle ammende, che vanno da euro 15.000,00 a euro 150.000,00, oltre alla possibilità che il giudice, ferme restando le sanzioni pecuniari, possa «valutato ogni elemento di prova, [può] ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce» (art. 6, n. 6).
Sarà il tempo a dirci se la tradizione che obera l'art. 210 c.p.c. sarà in grado di contagiare, disinnescandone la funzionalità, la divulgazione di prove Ue, o se sarà quest'ultima a incoraggiare una lettura dell'istituto interno in chiave di effettività e in linea con il mutato contesto sociale e giuridico.

MEDIAZIONE E DIVIETO DEL CURATORE-AVVOCATO DI DIFENDERSI DA SÉ

Il divieto del curatore-avvocato di difendersi da sé e il procedimento di mediazione
(Nota a Tribunale Varese, decreto 19 gennaio 2020)

di Massimiliano Bina

DEL 25 MARZO 2020

Sommario

1. Il principio affermato dal decreto in commento. La mediazione facoltativa
2. La possibilità di estendere il principio oltre i limiti del decreto
3. L'avvocato-curatore e la mediazione obbligatoria

1. Il principio affermato dal decreto in commento. La mediazione facoltativa

Tribunale Varese, decreto 19 gennaio 2020

Con decreto del 19.1.2020, il Giudice Delegato del Tribunale di Varese ha autorizzato il curatore/avvocato a rappresentare l'amministrazione fallimentare in un procedimento di mediazione volontaria, ritenendo che il divieto per il curatore di assumere il ruolo di difensore di cui all'art. 31 l.fall. trovi applicazione ai soli giudizi civili e che il fine di limitare i costi a carico della procedura, dichiarato nella fattispecie dal curatore, rispetti la *ratio* della norma, che è proprio quella di impedire che il curatore possa prospettare la necessità di agire o resistere in giudizio al solo fine di conseguire i compensi spettanti per l'attività professionale da espletare.

Non risultano precedenti editi sul punto e il principio affermato è certamente condivisibile per una ragione, se si vuole, ancor più radicale rispetto a quelle richiamate nel provvedimento in commento e che costituiscono l'ortodossia dell'interpretazione dell'art. 31 l.f.: il curatore può rappresentare l'amministrazione fallimentare in un procedimento di mediazione volontaria, perché in tale procedimento il ministero del difensore non è necessario e la parte, di conseguenza, ben può difendersi da sola[1].

Dall'impianto normativo del d.lgs. 28/2010, infatti, appare che l'assistenza dell'avvocato è prescritta per le sole mediazioni obbligatorie, atteso che l'art. 5, comma 1-*bis*, dispone che colui che intende promuovere un giudizio "*è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione*", e che l'**art. 8, comma 1**, dispone che "*al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura,* ***le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato***". Ciò perché, come abitualmente si dice, la previsione dell'assistenza legale obbligatoria è necessaria per consentire alla parte di compiere scelte e valutazioni adeguate e consapevoli in un procedimento destinato ad avere conseguenze rilevanti sul piano dell'effettività della tutela dei diritti dei soggetti coinvolti[2]. Dall'**art. 12 - nella parte in cui** stabilisce che «*ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna (...)", mentre "****in tutti gli altri casi*** *l'accordo alle-*

[1] Abete,sub *art. 31*, in Jorio (dir. da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna 2006, p.564; Cantillo, *Il curatore difensore del fallimento nei giudizi innanzi alle commissioni tributarie*, in *Rass. Trib.*, 1998, 247 ss., affermano che tale divieto non ha carattere generale in quanto non opera nei giudizi in cui la parte è abilitata a stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore (ad esempio nelle controversie innanzi al giudice di pace per le cause il cui valore non ecceda il milione) o quando non sia necessaria l'autorizzazione del giudice delegato.

[2] Trib. Vasto 9 aprile 2018, in *www.judicium.it*, ha affermato che la disciplina italiana che impone l'assistenza legale nella mediazione obbligatoria rispetta il requisito di non eccessiva onerosità dal punto di vista economico, richiesto dalla Corte di Giustizia (da ultimo nella sentenza n. 475 del 14.06.2017) affinché il tentativo obbligatorio di conciliazione risulti compatibile con il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva

gato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale (...)" - emerge che nella mediazione facoltativa, che per natura è facilitativa e non aggiudicativa, l'assistenza del professionista non è più necessaria. L'argomentazione sembrerebbe reggere anche nell'ipotesi in cui i regolamenti degli Organismi di mediazione prevedessero l'assistenza obbligatoria di un difensore tecnico pure nella mediazione facoltativa: è la natura peculiare di questo procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie a costituire la garanzia che le scelte e le valutazioni delle parti non possano incidere sui diritti delle stesse e sull'effettività della loro tutela; si capisce, quindi, perché, in questo caso, non sia necessaria l'assistenza tecnica.

2. La possibilità di estendere il principio oltre i limiti del decreto

La motivazione del decreto in commento induce a ritenere, in prima approssimazione, che il principio affermato sia applicabile anche all'ipotesi della mediazione obbligatoria, ma gli argomenti svolti, per quanto si inseriscano nel solco della tradizionale interpretazione dell'art. 31 l.f., non superano un attento vaglio critico.

In primo luogo, non ritengo che la *ratio* della norma sia quella di impedire che il Curatore possa prospettare la necessità di agire o resistere in giudizio al solo fine di conseguire i compensi spettanti per l'attività professionale[3]. Se così fosse, il divieto non sussisterebbe qualora il curatore rinunciasse al proprio compenso - facoltà oggi consentita dall'art. 13, 1° comma della l. n. 247/2012 («legge professionale»)[4], - ma non pare che, per ciò solo, sia permesso derogare al divieto dell'art. 31 l.f. Si consideri, poi, che il pericolo paventato dalla supposta *ratio* della norma possa essere superato dal controllo del giudice delegato in sede di autorizzazione all'azione, dovuta ai sensi dell'art. 31, 2° comma, l.f., le cui disposizioni conducono, altresì, ad escludere che la norma possa essere stata dettata da ragioni di ordine pubblico, volte ad evitare che l'amministrazione fallimentare venga coinvolta in giudizi infondati[5].

Invero, la *ratio* del divieto non risulta così pacifica, essendo stata prospettata, a volte, l'opportunità di scongiurare disarmonie di interessi e di pareggiare le condizioni di curatori che, come è noto, vengono scelti tra appartenenti a diverse categorie professionali[6]; altre volte, si è detto che tale divieto sia strettamente connesso alla figura ed ai poteri attribuiti al curatore[7], al fine di assicurare che costui possa correttamente amministrare il patrimonio dell'impresa fallita[8]; altre volte ancora, si è ricondotto il divieto alla "convinzione" del legislatore che l'unione della funzione di curatore con quella di difensore sia inopportuna[9].

In secondo luogo, non sono convinto che l'art. 31, 3° comma, l.f. sia una norma speciale rispetto a quella generale dell'art. 86 c.p.c.; ritengo, piuttosto, che il divieto per l'avvocato-curatore di patrocinare l'amministrazione fallimentare costituisca la riaffermazione di un principio fondamentale, che impone di tenere distinti il ruolo del difensore da quello della parte.

La vulgata, infatti, attribuisce all'art. 31, 3° comma, l.f. carattere eccezionale[10], affermando che l'art. 86 c.p.c., che consente all'avvocato di stare in giudizio senza il ministero di difensore[11] - sia quando agisca in proprio sia quando abbia la rappresentanza di altri soggetti, anche collettivi, sia quando amministri un patrimonio[12] - rappresenti la regola generale, che trova la propria ragione nel fatto che, quando la parte possiede le cognizioni tecniche per difendere al-

[3] V. Abete,sub *art. 31*, cit., 563.

[4] Sia consentito il rinvio, per la discussione sulla portata della norma, a Bina, *Sulla gratuità in senso "debole" del mandato professionale: la convenzione tra associazione sindacale e avvocato per la difesa dei lavoratori (Nota a Cassazione civile, sez. II, 16 ottobre 2019, n. 26212)*, in *www.aulacivile.it.*

[5] Così, Ferrara, voce *Curatore del fallimento*, in *Enc.dir.*, XI, Milano 1962, 523, che fa conseguire anche la nullità degli atti processuali per difetto di rappresentanza. Contra, v. Ricci E.F., *Lezioni sul fallimento*, Milano 1997, p. 261 ss.;Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 1, 719.

[6] Cass. 7.10.1954 n.3379 in *Foro it.* 1955, cc. 1345 ss.

[7] Cantillo, *Il curatore difensore del fallimento nei giudizi innanzi alle commissioni tributarie*, in *Rass. Trib*, 1998, 247 ss.

[8] Così, in motivazione, Cass., 13.09.2004, n. 18419

[9] Ricci E.F., *op.cit.*, p. 261;

[10] All'eccezionalità della norma consegue l'ammissibilità del ricorso alla sola interpretazione, come ricordato da Cass. 25.02.2010, n. 4560, in *Fallimento*, 2010, 12, 1463 e Cass., 13.09.2004, n. 18419 che hanno affermato che «*l 'incompatibilità del curatore fallimentare a prestare assistenza tecnica nei giudizi che riguardano il fallimento, stabilita dall'art. 31, terzo comma , l. fall. , deve intendersi riferita, per i giudizi tributari, non solo ai soggetti che rivestano la qualifica d'avvocato (o procuratore), ma anche agli appartenenti alle altre categorie professionali (dottore commercialista, ragioniere, perito commerciale etc.) abilitate, a norma dell'art. 12 , D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 , a prestare assistenza tecnica in quei giudizi*".

[11] Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, XXV ed., Torino 2016, vol.I, 397, nota 6.

[12] V. Cass. 05.06.1992, n. 6947, per l'amministratore di condominio; Cass. 22.12.1998, n. 12784 per il curatore dell'eredità giacente; SS.UU., 10.5.1984, n. 2846 per il legale rappresentante di un ente pubblico; Cass. 12.8.2002, n.12384; Cass. 25.6.1966 n. 1626; Cass. 16.10.1956 n. 3647, per il legale rappresentante di una società.

tri in giudizio, non appare necessario obbligarla ad avvalersi del patrocinio di un altro soggetto abilitato.

L'argomento, tuttavia, non convince. L'esigenza che sottende il divieto di autodifesa non si risolve solamente nel garantire alla parte un'assistenza tecnico-giuridica, poiché: da un lato, il ministero del difensore, esercitato da un soggetto privato, costituisce un'esigenza originaria del giudizio, che è legata alla struttura dialettica del processo ed all'attuazione del precetto costituzionale dell'art. 24 Cost.[13]; dall'altro, l'ordinamento pretende dall'avvocato una professionalità che va oltre la conoscenza del diritto e la capacità di utilizzare concretamente tale conoscenza. L'avvocato, e non la parte, ad esempio, è tenuto al rispetto del dovere di verità nel processo, come disciplinato dall'art. 50 codice deontologico forense; o, ancora, l'avvocato "*deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere anche riguardanti la propria sfera personale*", come dispone l'art. 24, 2° comma, o, in negativo, l'art. 23, 3° comma, del codice deontologico forense; o, infine, l'avvocato garantisce che la funzione giurisdizionale possa svolgersi con serenità e distacco, costituendo un filtro all'animosità ed alla passionalità dei protagonisti della lite[14]. In tal modo, allorquando l'ordinamento attribuisce all'avvocato, e non ad ogni cittadino, il diritto di essere ascoltato dal giudice, vuole assicurare che il processo si svolga nel rispetto di alcuni standard etici, propri della predetta categoria professionale, e che ritiene imprescindibili in quanto contribuiscono all'efficienza della procedura, all'effettività della tutela giurisdizionale[15] e, soprattutto, a far in modo che la sentenza possa essere più facilmente ratificata dalla collettività, nel cui nome viene emessa.

In questa prospettiva, è l'art. 86 c.p.c. a rappresentare la norma eccezionale, tipica del processo civile, rispetto al divieto generale di autodifesa[16] che pervade l'ordinamento[17], da ricondurre al fatto che non solo la parte-avvocato, in questo caso, è in possesso di tutte le cognizioni tecniche per meglio tutelare i propri diritti, ma anche perché le regole deontologiche che si applicano all'avvocato - non solo al difensore nel processo - sono tali da assicurare gli scopi che il divieto di autodifesa si prefigge.

Per l'avvocato-curatore, le cose stanno diversamente: da qui, la necessità di ribadire la vigenza della regola generale. Il curatore, per natura, è il titolare di un ufficio multiforme che fa dell'indipendenza o, se si vuole, dell'equidistanza tra i vari interessi, la caratteristica imprescindibile della sua amministrazione e che l'ordinamento è chiamato a garantire in ogni suo aspetto. Il curatore non è un rappresentante del fallito o della massa dei creditori e non è chiamato a tutelare gli interessi dell'uno o dell'altro dei soggetti coinvolti nel fallimento: a volte, è il contraddittore dei creditori che chiedono il riconoscimento del diritto al concorso; altre volte, nelle cause derivanti dal fallimento, aziona una situazione giuridica di vantaggio di tutela della massa; altre ancora, subentra nella posizione giuridica del fallito.

Insomma, è la natura stessa dell'ufficio del curatore, come titolare dell'amministrazione del patrimonio dell'impresa fallita, a sconsigliare che l'avvocato-curatore possa difendersi da solo ed a prevederne l'incompatibilità con il ruolo di difensore. In altro modo, si pretenderebbe dall'avvocato una condotta "bi-" o financo "multipolare", ma l'avvocato è tenuto ad "*adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa*" (art. 10 codice deontologico forense) e ad "*esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza*" (art. 9 codice deontologico forense).

In terzo luogo, mi pare che il richiamo alle norme processuali che disciplinano la difesa tecnica non siano dirimenti, a fronte della diversa natura del processo civile (aggiudicativo) e della mediazione obbligatoria (che resta un procedimento facilitativo di soluzione delle controversie).

---

[13] Così, testualmente, Punzi, *Il «ministero» dell'avvocato* , in *Riv.dir.proc.* 2009,p. 598, che ribadisce il ruolo dell'avvocato nel garantire il diritto di difesa e la tutela dei diritti contro le contestazioni di altri privati, ma anche contro l'abuso dei pubblici poteri

[14] Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, XXV ed., Torino 2016, vol.I, 395 ss.; Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VIII ed., Milano 2012, 93 s.

[15] V. art. 2, comma 2, l. 31.12.2012 n. 247. Punzi, *Il «ministero» dell'avvocato* , in *Riv.dir.proc.* 2009,p. 596, ritiene che l'intermediazione dell'avvocato è necessaria per l'attuazione dell'art. 24 Cost.

[16] Patelli, *La difesa tecnica,* in Dittrich L.(dir.), *Trattato Omnia*, Milano 2019, p. 718.

[17] Cfr. Cass. 24.11.2000, n. 15176, in *Foro It.*, 2001, I, 1429 "*La facoltà, previst a dall'art. 86 c.p.c. per c hi abbia la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, di stare in giudizio personalmente e senza il ministero di altro difensore non può trovare applicazione al di fuori dell'ambito del processo civile per cui è dettata. Non esiste, invero, alcuna norma analoga nel codice di procedura penale; e la diversa natura degli interessi che vengono in considerazione nel procedimento penale non ne consentirebbe comunque un'applicazione analogica (si è sempre escluso, per questo, che l'avvocato possa difendere sé stesso in un procedimento in cui sia imputato)"* e Cass. 03.07.2000, n. 2064; Cass. 25.03.2003, n. 18395; Cass.18.09.2008, n. 37629; Cass. 21.09.2017, n. 48601.

3. L'avvocato-curatore e la mediazione obbligatoria

Resta, comunque, da verificare se il principio affermato dal Tribunale di Varese sia estensibile alle mediazioni diverse da quelle facoltative e, cioè, se il curatore-avvocato ben possa partecipare al procedimento di mediazione *ab origine* obbligatoria, o delegata, senza l'assistenza di un altro avvocato. Qui si tratta di verificare quale sia il ruolo dell'avvocato in mediazione per valutare se vi siano delle ragioni che inducano a ritenere la vigenza di una regola analoga a quella esistente nel processo, che vieta l'autodifesa.

A me pare che, nella mediazione obbligatoria prevista dal nostro ordinamento, il ruolo di attore principale sia svolto dalla parte personalmente e che l'avvocato si limiti a svolgere due funzioni ancillari: quella di conoscitore delle tecniche di negoziazione e quella tipica del giureconsulto, cioè del soggetto che è in grado di fornire al proprio assistito una previsione dell'esito della lite. In quest'ottica, non mi sembra vi siano ragioni per vietare al curatore-avvocato di rappresentare l'amministrazione del patrimonio fallimentare nel procedimento di mediazione obbligatoria.

L'IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI ESTINZIONE ATIPICA DEL PROCESSO ESECUTIVO

L'impugnazione del provvedimento di estinzione atipica del processo esecutivo

di Beatrice Irene Tonelli

DEL 27 MARZO 2020

Sommario

1. L'estinzione del processo esecutivo
2. I rimedi avverso il provvedimento estintivo
3. Conclusioni

1. L'estinzione del processo esecutivo

Come noto, la finalità del processo esecutivo è di dare attuazione coattiva all'ordine, contenuto nel titolo di formazione giudiziale o stragiudiziale a cui la legge attribuisce esecutività (art. 474 c.p.c.).

È, in altri termini, lo strumento per ottenere in concreto il bene della vita di cui l'ordinamento ha riconosciuto la titolarità in capo al creditore. Il processo esecutivo è volto a dare attuazione a diritti certi e non ad accertare diritti, salvo negli eventuali giudizi incidentali di opposizione.

Per tale ragione, a livello sistematico, il processo esecutivo è retto dal principio dell'impulso ad opera del creditore procedente (o intervenuto munito di titolo esecutivo) ed è destinato a concludersi solo con la soddisfazione del diritto del creditore stesso[1].

Di conseguenza, il sistema processuale civile contempla alcune ipotesi tipiche di estinzione anticipata del processo esecutivo, ove il creditore stesso manifesti, esplicitamente o implicitamente, la sopravvenuta carenza di interesse a proseguire, con la rinuncia agli atti esecutivi (art. 629 c.p.c.) o con l'inerzia nel compimenti di attività d'impulso tipizzate, come la mancata iscrizione a ruolo del pignoramento (art. 518, 543 e 557 c.p.c.), il mancato deposito della istanza di vendita nel termine prescritto (art. 497 c.p.c.), la mancata prosecuzione dopo la sospensione del giudizio (art. 624 bis c.p.c. e 630 c.p.c.) o dopo la sospensione in via cautelare del titolo (art. 624 c.p.c.), la mancata partecipazione alle udienze (art. 631 c.p.c.), il mancato pagamento delle spese di pubblicità sul portale delle vendite pubbliche[2] (art. 631 bis c.p.c.).

Più recentemente, il legislatore ha introdotto anche una ulteriore ipotesi di estinzione anticipata del processo espropriativo, segnatamente in quello immobiliare, non dipendente dalla inerzia del creditore munito di titolo, ma conseguente ad una infruttuosità della procedura espropriativa stessa (art. 164 bis disp. att.). La *ratio* di tale previsione è quella di limitare il vincolo imposto sul patrimonio del debitore quando non vi sono le condizioni per soddisfare l'interesse del creditore, e quindi la finalità dello stesso procedimento espropriativo non può essere raggiunta.

Del resto, l'elaborazione giurisprudenziale era già arrivata a identificare delle fattispecie concrete che, pur non rientrando in una espressa previsione normativa, concretizzano una impossibilità di perseguire il fine del procedimento espropriati-

[1] La misura di tale soddisfacimento del diritto del creditore dipenderà inevitabilmente dalle condizioni del debitore nel caso concreto, si pensi al caso, frequentissimo, dell'incapienza del patrimonio dell'esecutato rispetto alle ragioni dei creditori, o a quello, ontologicamente irrisolvibile, della infungibilità della prestazione dovuta.

[2] Cfr. Lodolini, "*La chiusura anticipata per infruttuosità e l'estinzione per mancato espletamento della pubblicità sul portale delle vendite pubbliche*", in Riv. esec. forz., 2016, 241.

vo e che quindi impongono al giudice di adottare un provvedimento di chiusura anticipata della procedura.
In un primo gruppo di ipotesi, rientrano i casi in cui la pronuncia di estinzione atipica discende da fatti ascrivibili alla condotta della parte creditrice interessata pur non espressamente contemplati dalla normativa. A titolo esemplificativo, si tratta dei casi di omessa pubblicità della vendita, di presentazione di istanze di rinvio pure e semplici o formulare pur in presenza di offerte, di mancata formale e rituale surroga al procedente, di mancata produzione di documentazione integrativa richiesta dal giudice ecc[3]. Non si tratta tuttavia di ipotesi di applicazione estensiva delle disposizioni tipiche, bensì di interpretazione analogica.
Di tale orientamento estensivo fanno parte le pronunce, anche di legittimità[4], che hanno riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di richiedere al creditore procedente la produzione di documentazione ulteriore rispetto alla certificazione ipocatastale ventennale prescritta dall'art. 567 c.p.c. e di sanzionarne l'inadempimento con la dichiarazione di estinzione del giudizio esecutivo per una impossibilità di soddisfare il suo scopo.
Accanto alla estinzione tipica prevista dall'art. 567 c.p.c. per mancata produzione della certificazione del ventennio, vi è quindi una ipotesi di estinzione atipica di creazione giurisprudenziale, ex artt. degli artt. 484, 152 e 154 c.p.c., per la mancata produzione di documentazione relativa al primo titolo acquisto ultraventennale.
In un secondo gruppo di ipotesi, invece, rientrano i casi di estinzione atipica pronunciata ove il giudice ravvisi la carenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione, o ancora in casi in cui si verifica una stasi del procedimento espropriativo[5] che comporta un'indeterminata esposizione del compendio staggito al vincolo derivante dal pignoramento[6], e dunque in contrasto con i principi dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost. e art. 6 CEDU). Casi questi ultimi che, indirettamente, hanno ottenuto una tipizzazione normativa con l'introduzione dell'art. 164 bis disp. att. c.p.c.[7], cui già si è accennato, e in merito al quale è opportuno evidenziare che la disposizione demanda al giudice di determinare in concreto quali siano le condizioni che integrano il presupposto della accertata infruttuosità della procedura[8].
Una volta identificata la categoria della estinzione atipica, e chiariti i relativi presupposti, l'elaborazione giurisprudenziale ha valutato le conseguenze della adozione dei provvedimenti di chiusura anticipata della procedura espropriativa.
Dal punto di vista della prescrizione, la Suprema Corte[9] ha affermato che l'effetto interruttivo permanente, determinato dall'atto di pignoramento, si protrae, agli effetti dell'art. 2945, comma 2, c.c., fino al momento in cui il processo esecutivo abbia fatto conseguire al creditore procedente, in tutto o in parte, l'attuazione coattiva del suo diritto ovvero, alternativamente, fino alla chiusura anticipata del procedimento determinata da una causa, anche atipica, non ascrivibile

[3] Cfr. Petrella V. *"L'estinzione atipica del processo di esecuzione: un istituto di creazione giurisprudenziale e la sua evoluzione alla luce dei moderni principi"*, in *Giur. merito*, fasc.7-8, 2004, pag. 1377, Nota a: Tribunale Salerno, 06 giugno 2002, n.1799.
[4] In questo senso, la recente sentenza Cass. Civ., Sez. III 11 giugno 2019, n. 15597 ha affermato il seguente principio di diritto: *"In tema di espropriazione forzata immobiliare, è doverosa la richiesta, da parte del giudice dell'esecuzione ai fini della vendita forzata, della certificazione attestante che, in base alle risultanze dei registri immobiliari, il bene pignorato appaia di proprietà del debitore esecutato sulla base di una serie continua di trascrizioni d'idonei atti di acquisto riferibili al periodo che va dalla data di trascrizione del pignoramento fino al primo atto di acquisto precedente al ventennio a decorrere dalla stessa. All'ordinanza di richiesta del primo atto di acquisto ultraventennale effettuata dal giudice dell'esecuzione si applica il regime degli artt. 484,175,152 e 154 c.p.c., e alla mancata produzione del suddetto titolo, imputabile al soggetto richiesto, consegue la dichiarazione di chiusura anticipata del processo esecutivo»*.
[5] I primi casi di declaratoria di "improseguibilità", categoria di formazione giurisprudenziale poi confluita della estinzione atipica, in assenza di una disposizione normativa su cui fondare il ragionamento logico giuridico in via quantomeno analogica, sono stati pronunciati proprio in relazione al mancato deposito, nel termine assegnato dal giudice, della documentazione a corredo dell'istanza di vendita. Indirizzo giurisprudenziale che ha poi trovato tipizzazione del nuovo disposto dell'art. 567 c.p.c. cfr. Trib. di Monza 22 novembre 1982, in Giur. merito 1983, 900 ss., in cui, peraltro, veniva individuato come rimedio avverso il provvedimento estintivo non il reclamo, ma l'opposizione agli atti esecutivi.
[6] Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere 24 gennaio 1984, in Giur. it. 1985, I, 2 per il quale «*la prassi di rinnovare all'infinito gli incanti, non solo costringe il procedimento esecutivo a non avere fine, ma in alcuni casi perviene a vendite a prezzi iniqui e irrisori, realizzando così una scarsa tutela sia degli interessi del creditore, che degli interessi del debitore. Pertanto, nel procedimento di espropriazione immobiliare, nel caso di ripetuta infruttuosità degli esperimenti d'asta, è configurabile una fattispecie di estinzione d'ufficio, ancorché non espressamente prevista dalla legge*".
[7] La norma, introdotta dall'art. 19, co. 2, lett. b), d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (conv. con modif. in l. 10 novembre 2014, n. 162) in vigore il giorno 11 settembre 2014, dispone che "*quando risulta che non è più possibile un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo, è disposta la chiusura anticipata del processo esecutivo*».
[8] A tale riguardo, i vari uffici giudiziari hanno elaborato delle circolari interne in cui sono state individuate le circostanze che giustificano l'estinzione dell'espropriazione per infruttuosità.
[9] Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2019, n. 12239

al creditore medesimo, mentre, in caso contrario, all'interruzione deve riconoscersi effetto istantaneo, a norma dell'art. 2945, comma 3, c.c.[10].
È evidente che l'estinzione del procedimento di esecuzione si traduce in un grave danno per il creditore, non solo per la non recuperabilità delle spese anticipate fino al momento della pronuncia, ma anche per il pregiudizio alle concrete possibilità di recupero nei confronti del debitore che, nelle more del rinnovo della notifica del precetto e successivo pignoramento, potrebbe rendersi insolvibile. E in casi limite, l'estinzione del pignoramento in essere e la perdita dell'effetto sospensivo della prescrizione, potrebbe comportare l'estinzione del diritto stesso di ottenere la tutela del credito. Parimenti, ove l'eccezione di estinzione sia erroneamente respinta, verrebbe leso il diritto del debitore esecutato che resterebbe indebitamento assoggettato alla procedura esecutiva.

2. I rimedi avverso il provvedimento estintivo

L'estensione del potere officioso del giudice dell'esecuzione deve essere bilanciata da adeguati rimedi a disposizione dei soggetti interessati, tali da garantire una valutazione della legittimità del provvedimento adottato.
Si è quindi posto agli interpreti il problema di identificare il mezzo di impugnazione del provvedimento estintivo atipico. Da un lato, l'art. 630 comma 3 c.p.c. disciplina il rimedio speciale per impugnare la declaratoria di estinzione dei casi tipici (rinuncia, inattività del creditore, mancata comparizione delle parti). Come noto, si tratta del reclamo da parte del debitore o del creditore pignorante ovvero degli altri creditori intervenuti, da proporre nel termine perentorio di venti giorni dall'udienza in cui è dichiarata l'estinzione o dal giorno della comunicazione dell'ordinanza, con l'osservanza delle forme di cui all'art. 178 terzo, quarto e quinto comma. Si instaura così un giudizio camerale di competenza collegiale definito con sentenza.
Se l'applicazione di tale disciplina è pacifica per la estinzione tipica, la giurisprudenza anche più risalente ne ha escluso una interpretazione estensiva per le pronunce di improseguibilità o di estinzione atipica, che sono state ricondotte, in quanto atti dell'esecuzione, nell'ambito di applicazione del rimedio generale dell'opposizioni agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.[11]
Nell'esercizio della funzione nomofilattica, con una recente pronuncia in tema, i giudici di legittimità[12] hanno stabilito che il provvedimento, con cui il giudice dell'esecuzione dichiari l'improcedibilità della procedura esecutiva per mancanza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo (estinzione c.d. atipica), è impugnabile esclusivamente con l'opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 c.p.c., a meno che il giudice non abbia inteso, in tal modo, pronunciarsi sulle contestazioni prospettate dal debitore mediante una formale opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., nel qual caso il provvedimento è impugnabile, invece, con il reclamo cautelare ai sensi dell'art. 624 c.p.c.. Al fine di distinguere tra le due ipotesi, è indice decisivo della natura definitiva o meno del provvedimento la circostanza che con esso sia disposta (espressamente, o quanto meno implicitamente, ma inequivocabilmente) la liberazione dei beni pignorati. Come già affermato dalla Suprema Corte in fattispecie analoghe[13], il mezzo di impugnazione del provvedimento estintivo è diverso a seconda che sia stato pronunciato per casi tipici (art. 630 c.p.c.), o per casi atipici, rilevati anche d'ufficio in corso di esecuzione (art. 617 c.p.c.) o atipici rilevati in sede di opposizione ex art. 615 c.p.c. ad istanza dell'esecutato senza che da ciò sia dipesa la chiusura del procedimento (art. 624 c.p.c.).
Se così è, tuttavia, sorgono due questioni principali. La prima è quella di individuare i criteri discretivi che permettano, con certezza, di stabilire quale fattispecie ricorra nel caso concreto. La seconda è quella di sindacare la ragionevolezza di un sistema che preveda trattamenti diversi per la tutela di interessi identici (art. 3 Cost.).
Riguardo al criterio per distinguere la pronuncia di estinzione tipica o atipica, è piuttosto agevole fare riferimento al dettato normativo e alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ormai corposa. A questo riguardo, si avrà ad esempio la declaratoria di improcedibilità del processo per difetto dei presupposti processuali in caso di carenza di giurisdizione dell'ufficio giudiziario adito, rilevabile in ogni stato o grado del procedimento, difetto di rappresentanza legale o sostanziale della parte creditrice procedente e mancanza originaria o sopravvenuta dell'oggetto del processo, come nel caso di bene immobile pignorato successivamente acquisito al patrimonio del Comune in quanto realizzato abusivamente, o confiscato all'esito di procedimento penale, o che non ri-

[10] Cfr. Olivieri G. *"Estinzione atipica e prescrizione"* in *In executivis* pubbl. 29.07.2019
[11] *ex plurimis* Cass. Civ. sez.III, 12 aprile 2017 n. 9362
[12] Cass. Civ., Sez. 6-3, ordinanza del 20 febbraio 2019, n. 4961; conf. Cass. Civ. Sez. 6-3, ordinanza del 22/06/2017, n. 15605 su CED Cassazione
[13] Cass., Civ. Sez. 6 - 3, Ordinanza del 24/05/2017 n. 13108, Rv. 644389 - 01; Cass., Civ. Sez. 6 - 3, Ordinanze del 08/06/2017 nn. 14332, 14333 e 14334; Cass., Civ. Sez. 6 - 3, Ordinanze del 20/06/2017 nn. 15282 e 15283; Cass., Civ. Sez. 6/3 Ordinanze del 22/06/2017 nn. 15605, Rv. 644810-01, e 15606, su CED Cassazione.

entrava nel patrimonio del debitore e non poteva essere sottoposto ad esecuzione.
Si avrà declaratoria di improcedibilità del processo per difetto di condizioni dell'azione in caso di mancanza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo o di difetto dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito necessari a promuovere l'espropriazione forzata.
Sono ritenute, inoltre, cause di estinzione atipica per difetto di condizioni di procedibilità anche il sopravvenuto fallimento o liquidazione coatta amministrativa del debitore, salva l'ipotesi in cui la procedura venga proseguita dal creditore fondiario[14].
Meno piana è invece la strada per discernere il corretto rimedio in caso di provvedimento di estinzione adottato nel procedimento di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. È fermo il fatto che, all'esito della fase cautelare, con il provvedimento che sospende o chiude il processo, il giudice dell'esecuzione deve contestualmente fissare il termine per l'instaurazione della fase di merito del giudizio di opposizione (salvo che l'opponente stesso vi rinunzi) e, in mancanza, sarà possibile per la parte interessata chiedere l'integrazione del provvedimento ai sensi dell'art. 289 c.p.c., ovvero procedere direttamente alla instaurazione del suddetto giudizio di merito[15].
Con una ulteriore precisazione, ovvero che solo se il processo esecutivo non è stato definito, ma resta pendente, è eventualmente possibile, all'esito dell'opposizione, la riassunzione dell'esecuzione. Se, invece, il processo esecutivo è stato definito con liberazione dei beni pignorati e non vi è stato accoglimento della opposizione agli atti esecutivi, il giudicato sull'opposizione all'esecuzione potrà fare stato tra le parti solo ai fini di futuri eventuali nuovi processi, ma non sarà possibile la riassunzione dell'esecuzione, definitivamente chiusa.
E dunque, se il provvedimento che dichiara l'estinzione, o in ogni caso definisce anticipatamente il procedimento esecutivo, viene adottato in seguito a contestazioni del debitore ex art. 615 c.p.c., il provvedimento sommario che dispone il provvisorio arresto del corso del processo esecutivo è impugnabile con reclamo ai sensi dell'art. 624 c.p.c., mentre in caso contrario va opposto con il rimedio dell'art. 617 c.p.c.
Al fine di distinguere tra le due ipotesi, deve ritenersi decisivo indice della natura definitiva del provvedimento la circostanza che, con esso, sia disposta, anche implicitamente ma inequivocabilmente, la liberazione dei beni pignorati.
L'adozione di un rimedio o dell'altro ha delle notevoli ripercussioni processuali. Basti osservare che la decisione adottata in sede di reclamo ex art. 630 c.p.c. è resa nella forma della sentenza appellabile ai sensi dell'art. 130, disp. att. c.p.c., mentre il provvedimento conclusivo del giudizio di opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. è reso nella forma della sentenza inappellabile ex art. 618, ult. co., c.p.c. e, in ogni caso, non ricorribile per cassazione ai sensi dell'art.111 Cost.[16]. Ed ancora, il reclamo ex art. 624 c.p.c., che rinvia al reclamo cautelare ex art. 669 terdecies c.p.c., con la instaurazione della successiva fase di merito ex art. 615 c.p.c. consente di mantenere l'esecuzione in essere e di poterla riassumere in caso di esito vittorioso per il creditore.

3. Conclusioni

Da quanto sopra esposto emerge che i rimedi offerti dall'ordinamento per impugnare i provvedimenti di estinzione del giudizio sono frammentari e eterogenei, anche in per effetto degli interventi disorganici del legislatore che si sono succeduti, in un campo particolarmente specialistico quale è quello dell'esecuzione civile.
Se si segue una impostazione parcellizzata che distingue le varie fattispecie di impossibilità della procedura esecutiva di giungere al suo naturale esito, allora si incorre nella necessaria differenziazione dei mezzi di tutela, poiché le fattispecie tipiche di estinzione dipendenti dalla condotta del creditore hanno come rimedio il reclamo ex art. 630 c.p.c. e tutte le altre, residualmente, l'opposizione ex art. 617 c.p.c. Tale impostazione, tuttavia, come sopra evidenziato, determina l'instaurazione di riti diversi e di tutele non omogenee rispetto alla sentenza conclusiva, in un caso appellabile e nell'altro inoppugnabile.
Se invece si accede ad una interpretazione che prescinda dalla differenziazione delle cause che determinano l'estinzione o l'arresto del processo esecutivo, e le raccolga nell'unico *genus* in ragione dell'effetto che il provvedimento estintivo sortisce sul patrimonio del debitore e dei creditori, allora si potrebbe riconoscere un unico rimedio, nella forma del reclamo al collegio da definirsi con sentenza appellabile, offrendo così pari tutela nei confronti di decisioni giudiziarie che, in concreto, producono sui diritti delle parti i medesimi effetti[17].

[14] Per una dettagliata disamina si rinvia a Soldi A. M. *"Manuale dell'Esecuzione Forzata"* CEDAM 2019 p. 2491 ss
[15] Cass. n. 22033/2011.
[16] Cfr. Cass. Civ. sez. 6- 3 sent. 28 marzo 2018, n. 7754 che ha affermato *"Avverso provvedimento di chiusura anticipata del processo esecutivo ai sensi dell'art.164 bis disp. att. c.p.c. è inammissibile il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost."* in *In executivis* con nota Crescenzi A.
[17] Cfr. Donvito A. "Brevi note sulla chiusura anticipata del processo esecutivo per infruttuosità" in *Riv. Esec. Forzata* 2017, 735

OSSERVAZIONI SUL CONCORSO DI OPPOSIZIONI ESECUTIVE

Osservazioni sul concorso di opposizioni esecutive
(Nota a Cass. civ., Sezione VI-3, ordinanza dell'11 febbraio 2020, n. 3166, rv. 656752-01)

di Elisabetta Silvestri

DEL 30 MARZO 2020

Sommario

Massima
1. La vicenda
2. La questione decisa

Massima

Cass. civ., Sezione VI-3, ordinanza dell'11 febbraio 2020, n. 3166, rv. 656752-01(Presidente: Raffaele Frasca; Relatore: Paolo Porreca)

ESECUZIONE FORZATA - OPPOSIZIONI - IN GENERE - Contestuale proposizione di opposizione all'esecuzione e opposizione agli atti esecutivi - Conseguente sentenza - Impugnazione - Diversificazione dei distinti rimedi impugnatori - Necessità - Effetti.

Massima:

Qualora una opposizione in materia esecutiva possa scindersi in un duplice contenuto, in parte riferibile ad una opposizione agli atti esecutivi e in parte ad una opposizione all'esecuzione, l'impugnazione della conseguente sentenza deve seguire il diverso regime previsto per i distinti tipi di opposizione.

1. La vicenda

Con l'ordinanza in commento, la Suprema Corte dichiara inammissibile il ricorso proposto contro la decisione con cui il Tribunale di Trapani aveva confermato la pronuncia del Giudice di pace (non è dato sapere di quale luogo) che aveva accolto la domanda di F., volta a far dichiarare la nullità di un preavviso di fermo amministrativo di beni mobili registrati (presumibilmente, un autoveicolo, in considerazione dell'organo giudiziario adíto) e delle relative cartelle esattoriali. Dal testo della pronuncia della Corte non si comprende come sia stato possibile che la domanda di F. sia stata accolta in prime cure, con decisione addirittura confermata in appello, pur essendo stata proposta contestualmente nelle forme sia di una opposizione all'esecuzione *ex*art. 615 cod. proc. civ., sia di una opposizione agli atti esecutivi *ex*art. 617 cod. proc. civ. La giurisprudenza più recente, infatti, ha chiarito qual è la natura del fermo amministrativo e, a maggior ragione, del preavviso di fermo, precisando che non tratta di atti esecutivi e neppure di atti prodromici all'esecuzione forzata. Il fermo amministrativo (di cui all'art. 86, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 e successive modificazioni), infatti, va considerato come una «misura puramente afflittiva volta ad indurre il debitore all'adempimento; con la conseguenza che la sua impugnativa, sostanziandosi in un'azione di accertamento negativo della pretesa creditoria, segue le regole generali del rito ordinario di cognizione in tema di riparto della competenza per materia e per valore»[1]. È pur vero che le opposizioni esecutive si configurano come ordinari giudizi di cognizione, ma le ragioni che inducono la giurisprudenza ad at-

[1] In questo senso, cfr. Cass. civ., Sez. III, 8 novembre 2018, n.28528, in cui si fa espresso riferimento a Cass. civ., Sez. Unite, 22 luglio 2015, n. 15354 (ord.). Numerose, comunque, sono le pronunce nel medesimo senso: cfr., ad esempio, Cass. civ., Sez. VI - Lavoro Ord., 4 luglio 2019, n. 18041 (rv. 654525-01); Cass. civ., Sez. III, 8 novembre 2018, n. 28528; Cass. Civ., Sez. Unite, 27 aprile 2018, n. 10261 (Rv. 648267); Cass. Civ., Sez. Unite, 17 gennaio 2017, n. 959 (ord.); Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2015, n. 24234 (rv. 637764).

tribuire all'impugnativa del fermo natura di azione di accertamento negativo della pretesa creditoria portano ad escludere che tale azione sia compatibile con la ben nota struttura bifasica delle opposizioni.
Secondo la Corte, il ricorso è inammissibile per violazione dell'art. 366, nn. 3 e 6 cod. proc. civ.: per ciò che interessa in questa sede, sotto il profilo dell'inosservanza del n. 3 della norma, rileva l'assenza di specifici riferimenti al contenuto della sentenza di primo grado, rispetto alla quale il ricorso si limita a riportare che l'accoglimento della domanda era stato determinato da intervenuta prescrizione, senza ulteriori precisazioni. In aggiunta, secondo la Corte dalla decisione impugnata non emerge se il giudice di primo grado aveva qualificato l'opposizione proposta contro il fermo provvisorio come opposizione all'esecuzione o come opposizione agli atti esecutivi. Contro la sentenza resa in prime cure era stato vittoriosamente proposto appello, ma nel ricorso per cassazione mancano gli elementi idonei a valutare le ragioni dedotte quali motivi d'appello. Ancora, posto che uno dei motivi del ricorso riguardava la nullità della notificazione delle cartelle esattoriali, l'inammissibilità del ricorso discende anche dalla violazione dell'art. 366, n. 6 c.p.c., in quanto la decisione impugnata aveva confermato la declaratoria di nullità della notificazione di cinque delle sei cartelle esattoriali inviate al debitore e solo per una aveva ritenuto operante l'avvenuta estinzione del credito per effetto di prescrizione, ma di tutto ciò il ricorso non fa menzione, omettendo, tra l'altro, di indicare esattamente gli estremi della produzione dei documenti (presumibilmente, le cartelle di pagamento, oltre a tutto ciò che consentirebbe di verificare la ritualità o meno della loro notificazione).

2. La questione decisa

Gli anni appena trascorsi ci hanno reso familiare il «mantra» della sinteticità degli atti processuali di parte e dei provvedimenti giurisdizionali; così, nessuno può negare che un periodare barocco e ridondante nella redazione delle sentenze non renda un buon servizio alla giustizia e a chi ne fruisce, a causa della minore comprensibilità (sia per le parti, sia per l'intera collettività) delle ragioni delle decisioni, contenute in motivazioni convolute e prolisse[2]. Meno frequente è l'osservazione che conseguenze altrettanto negative ha pure l'eccesso opposto, ossia una motivazione particolarmente stringata, al punto da risultare ben poco illuminante sia rispetto alla vicenda processuale di cui costituisce l'epilogo, sia con riguardo alla *ratio decidendi*. E l'ordinanza oggetto di queste brevi osservazioni appartiene proprio alla categoria dei provvedimenti in cui un eccesso di sintesi rende difficilmente apprezzabile il contenuto della motivazione. In effetti, la ricostruzione dei fatti di causa e del procedimento innanzi ai giudici di merito appare ardua, com'è arduo comprendere se, nel caso di specie, la Corte abbia ritenuto che l'azione proposta in primo grado avanti al giudice di pace fosse da considerarsi quale opposizione all'esecuzione o opposizione agli atti esecutivi.
Tuttavia, vi è almeno un aspetto della decisione che risulta chiaro e che, a differenza di altri passaggi della motivazione, non si presta a fraintendimenti. Si tratta dell'affermazione del principio secondo cui ogni qualvolta, con un unico atto, viene proposta un'opposizione esecutiva qualificabile, in astratto, tanto come opposizione all'esecuzione quanto come opposizione agli atti esecutivi, l'impugnazione della sentenza resa a conclusione del giudizio dovrà necessariamente seguire il diverso regime previsto per l'una o per l'altra. Si tratta di un principio che ricorre costante nella giurisprudenza di legittimità[3] e che sembra avere implicazioni rilevanti. In primo luogo, pare potersi affermare che, qualora la parte non abbia indicato esattamente quale opposizione intende proporre, spetterà al giudice sciogliere il dubbio, specificando nella sentenza se l'opposizione proposta sia riconducibile alla disciplina degli artt. 615 s c.p.c. o a quella degli artt. 617 s. c.p.c. e, naturalmente, indicando in maniera specifica le ragioni della scelta alla luce delle allegazioni formulate dall'opponente. In secondo luogo, è pure ipotizzabile il caso in cui l'opposizione, formalmente unica, possa essere scissa in due distinte forme di contestazione, ossia in una opposizione all'esecuzione e, contestualmente, in una opposizione agli atti esecutivi: in questo caso, la sentenza consterà di capi distinti, ciascuno soggetto all'impugnazione prevista per ciascun tipo di opposizione[4]. A questo riguardo, sembra opportuno ricordare che la sentenza con cui si chiude il giudizio di opposizione all'esecuzione è soggetta agli ordinari

[2] Sul punto, cfr. ampiamente gli scritti contenuti in Ministero della Giustizia, Gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali (decreti ministeriali 18 settembre 2017 e 3 gennaio 2018), *Breviario per una buona scrittura* (16 febbraio 2018), disponibile all'indirizzo https://www.federnotizie.it/wp-content/uploads/2018/10/BREVIARIO_ATTI_PROCESSUALI.pdf.
[3] Tra le tante, cfr. Cass. civ., Sez. III, 18 luglio 2016, n. 14661 (rv. 640586); Cass. civ., Sez. VI, 29 settembre 2015, n. 19267 (rv. 636948); Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 2014, n. 18312 (rv. 632102); Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2010, n. 13203 (rv. 613198).
[4] In questo senso, cfr. Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2006, n. 15376 (rv. 593561).

mezzi di impugnazione e quindi, in primo luogo, ad appello[5], in ossequio ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, che è tornato ad affermarsi quando, nel 2009, è stato soppresso l'ultimo periodo dell'art. 616 c.p.c. (introdotto nel 2006), secondo il quale la causa era decisa con sentenza non impugnabile[6]. Diversamente, la sentenza resa su opposizione agli atti esecutivi è espressamente qualificata come non impugnabile dall'art. 618, ult. comma c.p.c.: esclusa, quindi la proponibilità dell'appello, si ritiene che la decisione sia comunque suscettibile di ricorso straordinario per cassazione, a norma dell'art. 111, comma 7 Cost.[7], esperibile per tutti i motivi contemplati dall'art. 360 c.p.c., oltreché di regolamento di competenza, per espressa previsione dell'art. 187 disp. att. c.p.c.

Ancora con riferimento alla corretta individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro la sentenza resa su di un'opposizione esecutiva, mette conto di segnalare un altro orientamento giurisprudenziale, relativo al c.d. principio dell'apparenza. In base a tale principio, l'impugnazione esperibile deve essere identificata facendo riferimento soltanto alla qualificazione dell'azione esperita che il giudice *a* quo abbia compiuto, indipendentemente sia dalla correttezza o meno di tale qualificazione, sia dalla qualificazione proposta dalle parti. Tuttavia, è necessario verificare se il giudice *a quo* abbia inteso effettivamente fornire la qualificazione dell'azione o se si sia limitato a formulare al riguardo un'affermazione solo generica. In questo secondo caso, infatti, il potere di qualificare l'azione proposta in prime cure spetterà al giudice *ad quem*, ai fini sia della decisione nel merito, sia della pronuncia sull'ammissibilità della impugnazione[8].

[5] Cfr., ad esempio, Cass. civ., Sez. III, 31 agosto 2015, n. 17314; Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2003, n. 7762; Cass. civ., Sez. III, 9 aprile 1993, n. 4335.

[6] Sul punto, con ampi riferimenti dottrinali, per tutti cfr. F. Cabrini, in F. Carpi - M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile* 9, Wolters Kluwer-CEDAM, 2018, *sub* art. 616, § IV.

[7] In tema, cfr. diffusamente C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile* 27, IV, Giappichelli Editore, 2019, p. 244.

[8] Cass. civ., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 12872; Cass. civ., Sez. VI, 2 marzo 2012, n. 3338; Cass. civ., Sez. III, 17 maggio 2007, n. 11455 (rv. 597804); Cass. civ., Sez. III, 28 febbraio 2006, n. 4507 (rv. 588209).

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.

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.

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

Magistrato ordinario dal 1959 al 1973; magistrato amministrativo dal 1974 al 2006; dal 2006 presidente emerito del Tar per la Lombardia.

Ho collaborato con numerose riviste, fra cui il Foro ital. - Riv. dir. proc - Dir. proc. ammin. - Riv. trim. app. - Mass. giur. lav. - Riv. ital. dir. pubbl. comunit.

Emanuele Caimi

Laurea, *summa cum laude*, in giurisprudenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Avvocato del Foro di Varese, Delegato alle vendite e Curatore fallimentare. Cultore della materia ed esercitatore di diritto commerciale presso il Libero Istituto Universitario Carlo Cattaneo di Castellanza. Autore di contributi in tema di diritto commerciale e fallimentare. Consigliere d'amministrazione di una società fiduciaria autorizzata e di una società finanziaria per la quale è in corso il procedimento d'autorizzazione.

Roberto Bonatti

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

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.

Concetta Marino

È Professore associato di Diritto processuale civile e insegna Diritto dell'esecuzione civile nell'Università di Catania ove è anche docente nella Scuola di specializzazione per le professioni legali. È componente del Comitato scientifico del Centro di ricerca sulla giustizia dei minori e della famiglia dell'Università di Catania e del Comitato di coordinamento scientifico che, in convenzione con l'Ateneo catanese, si occupa dell'organizzazione dei Corsi di alta formazione per i gestori della crisi da sovraindebitamento. È autrice della monografia "*La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*" (Giuffrè editore, 2005) e di ulteriori contributi sulla medesima materia, nonché in materie afferenti al diritto processuale della famiglia e al diritto dell'esecuzione civile, settori di suo particolare interesse.

Stefano Barbiani

Collaboratore delle Cattedre di Diritto Processuale Civile, Diritto Fallimentare e Diritto Processuale Generale e dell'Ordinamento Giudiziario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

Avvocato Civilista del Foro di Rimini è Patrocinante in Cassazione e Magistrature Superiori.

Si occupa, tra l'altro, di diritto bancario, commerciale, fallimentare e concorsuale.

Mirco Minardi

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

Viola Depau

Laureata con lode all'Università degli studi di Pavia con una tesi in Diritto Processuale Civile Comparato, consegue il diploma presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali delle Università di Pavia – L. Bocconi di Milano. Attualmente avvocato nel foro di Pavia.

Caterina Silvestri

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.

Massimiliano Bina

Dopo essersi laureato in giurisprudenza presso l'Università degli Studio di Milano nel 2002 Massimiliano ha conseguito, nel 2009, il titolo di Dottore di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso la stessa Università discutendo una tesi dal titolo «Tutela provvisoria e stabilità dei provvedimenti». È Professore a contratto di Deontologia e Ordinamento forense presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università dell'Insubria di Varese. È autore di diversi articoli pubblicati in varie riviste scientifiche nelle materie del diritto processuale civile e del diritto fallimentare e partecipa, regolarmente, come relatore, a convegni scientifici, nazionali ed internazionali, e di aggiornamento professionale. Avvocato dal 2006, Massimiliano svolge la sua attività nei settori del contenzioso in materia civile e della crisi di impresa ed è membro del direttivo della Camera Civile di Varese.

Beatrice Irene Tonelli

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

Elisabetta Silvestri

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

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.