



Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

5 2019

maggio

IN QUESTO NUMERO:

NOTIFICAZIONI TELEMATICHE: LA CASELLA PIENA

L'ISTRUTTORIA NEL PROCESSO DEL LAVORO

ESPROPRIAZIONE E COMUNIONE LEGALE

SENTENZA TELEMATICA CONFORME

I FINI CONCILIATIVI DEL 696 BIS C.P.C.

IL PROCESSO SOSPESO

COS'È IL PRINCIPIO DI PRECLUSIONE?

ECCEZIONI E DOMANDE NON RIPROPOSTE IN APPELLO: QUALE DECADENZA?

SOVRAINDEBITAMENTO: LE DIFFICOLTÀ DEL PROFESSIONISTA


**MAGGIOLI
EDITORE**

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

5 2019

maggio

IN QUESTO NUMERO:

NOTIFICAZIONI TELEMATICHE: LA CASELLA PIENA

L'ISTRUTTORIA NEL PROCESSO DEL LAVORO

ESPROPRIAZIONE E COMUNIONE LEGALE

SENTENZA TELEMATICA CONFORME

I FINI CONCILIATIVI DEL 696 BIS C.P.C.

IL PROCESSO SOSPESO

COS'È IL PRINCIPIO DI PRECLUSIONE?

ECCEZIONI E DOMANDE NON RIPROPOSTE IN APPELLO: QUALE DECADENZA?

SOVRAINDEBITAMENTO: LE DIFFICOLTÀ DEL PROFESSIONISTA

**MAGGIOLI
EDITORE**

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

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

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

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

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

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

Maggioli S.p.a.

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

NOTIFICAZIONI TELEMATICHE: LA CASELLA PIENA

- 5** Il perfezionamento della notificazione a mezzo PEC ai sensi dell'art. 3-bis della Legge n. 53/1994 in caso di mancata consegna per causa imputabile al destinatario
di Marco Farina

L'ISTRUTTORIA NEL PROCESSO DEL LAVORO

- 14** Poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro e decadenza delle parti in ordine alle deduzioni istruttorie. Profili di coordinamento nell'elaborazione giurisprudenziale più recente
di Cinzia Gamba

ESPROPRIAZIONE E COMUNIONE LEGALE

- 17** L'espropriazione del bene in comunione legale per crediti personali di un solo coniuge: evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità a partire dalla sentenza della Cass. civ., Sez. 3, n. 6575/2013
di Giulia Baruffaldi

MARCHI E INTELLETTO

- 20** Brevi note sulla legittimazione attiva dei licenziatari dei diritti di proprietà intellettuale a seguito della riforma della disciplina dei marchi d'impresa, in attuazione della direttiva (UE) 2015/2436
di Adriano Sponzilli

SENTENZA TELEMATICA CONFORME

- 26** Sentenza notificata a mezzo PEC e depositata senza attestazione di conformità
di Alessio Antonelli

L'UNIVOCITÀ DELLA PROVA NELLA QUESRELA DI FALSO

- 34** Querela di falso: la Cassazione torna sul tema della univocità della prova (Cassazione Civile, Sez. 4, ordinanza 24 gennaio 2019, n. 2126)
di Mattia Polizzi

I FINI CONCILIATIVI DEL 696 BIS C.P.C.

- 38** Inammissibilità del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. per insussistenza della finalità conciliativa
di Stefano Barbiani

IL PROCESSO SOSPESO

- 41** L'impugnabilità dei provvedimenti di sospensione ex artt. 295 e 337, capoverso, c.p.c. e poteri del giudice
di Jacopo Polinari

RICORSO PER CASSAZIONE STRAORDINARIO

- 45** I motivi inerenti alla giurisdizione nel ricorso per Cassazione ex art. 111 comma 8 della Costituzione
di Giorgio Mazzone

GLI EFFETTI BILATERALI DELLA NOTIFICAZIONE

- 51** Le Sezioni Unite sul principio della bilateralità degli effetti della notificazione della sentenza
di Martina Mazzei

L'IMPEGNO NELLA DECISIONE

- 57** Il valore probatorio delle decisioni con impegni: *to be or not to be*
di Carlo Edoardo Cazzato

RECLAMO IN MATERIA DI CRISI E INSOLVENZA

- 64** L'impugnazione ex art. 111 Cost. dei reclami in materia fallimentare: un dibattito mai finito di Caterina Pasini
- 70** L'impugnazione ex art. 111 Cost. dei reclami in materia fallimentare: un dibattito mai finito (Segue) di Caterina Pasini

COS'È IL PRINCIPIO DI PRECLUSIONE?

- 75** Il principio di preclusione e la richiesta di risarcimento del danno ambientale: l'intervento della Corte di Cassazione alla luce della Direttiva CE 2004/35 di Gianni Ghinelli

CONCORRENZA E ACCORDI

- 81** Onere della prova in tema di accordi e pratiche anticoncorrenziali: un'ultima pronuncia del Tribunale UE (sentenza del 28 marzo 2019, T-433/16) di Lucilla Galanti

ECCEZIONI E DOMANDE NON RIPROPOSTE IN APPELLO: QUALE DECADENZA?

- 86** Le Sezioni Unite stabiliscono il termine di decadenza per la riproposizione ex art. 346 c.p.c. di Alessia D'Addazio

SOVRAINDEBITAMENTO: LE DIFFICOLTÀ DEL PROFESSIONISTA

- 94** Libero professionista, incertezza dei redditi futuri e crisi da sovraindebitamento di Emanuele Caimi

NOTIFICAZIONI TELEMATICHE: LA CASELLA PIENA

Il perfezionamento della notificazione a mezzo PEC ai sensi dell'art. 3-bis della Legge n. 53/1994 in caso di mancata consegna per causa imputabile al destinatario

Brevi note a margine di una non condivisibile pronuncia di merito (Corte d'Appello di Roma, 19 ottobre 2018, n. 6619)

di Marco Farina

del 2 maggio 2019

Sommario

1. Il caso di specie e la soluzione della Corte di Appello di Roma
2. Rapidi cenni sulle notificazioni a mezzo pec ai sensi dell'articolo 3-bis L. n. 53/1994
3. Osservazioni critiche
4. Conclusioni

1. Il caso di specie e la soluzione della Corte di Appello di Roma

A seguito della notificazione di un atto di citazione in appello avvenuta nel rispetto del termine (lungo) di impugnazione di cui all'art. 327, primo comma, c.p.c., il convenuto appellato, nel costituirsi, deduce comunque l'inammissibilità per tardività della impugnazione in quanto proposta oltre il termine (breve) di cui all'art. 325 c.p.c., vale a dire al di là dei trenta giorni decorrenti dalla notificazione della sentenza di primo grado che si assume avvenuta su istanza di parte ex art. 285 c.p.c. ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3-bis L. 53/1994.

In particolare, a parere del convenuto il termine breve di impugnazione di cui all'art. 325 c.p.c. doveva dirsi nella specie interamente ed inutilmente decorso in quanto la notificazione della sentenza di primo grado si era perfezionata nei confronti del procuratore costituito ex art. 170 c.p.c. a seguito e per effetto (i) dell'invio all'indirizzo PEC di quest'ultimo risultante da pubblici elenchi di un messaggio contenente, come allegati, la relata di notificazione e la sentenza stessa, (ii) della generazione della ricevuta di accettazione e, infine, (iii) della generazione di una ricevuta di mancata consegna che dava, tuttavia, atto della circostanza per cui l'impossibilità

di recapitare il messaggio era dipesa dal fatto che la casella PEC del destinatario risultava piena.

A fronte della contestazione da parte dell'appellante circa il preteso perfezionamento della notificazione della sentenza anche a fronte della mancata consegna attestata dalla ricevuta negativa generata dal sistema e prodotta dall'appellato, la Corte di Appello di Roma ha dovuto quindi prendere posizione intorno al se possa dirsi validamente perfezionata una notificazione a mezzo PEC ex art. 3-bis L. 53/1994 all'esito della quale non si sia potuto procedere alla consegna del messaggio nella casella del destinatario per fatto imputabile a quest'ultimo.

Secondo quanto rilevato a tal proposito dalla Corte d'Appello nella sentenza oggetto di queste note di commento (Corte d'Appello di Roma, 19 ottobre 2018, n. 6619), allorché la notificazione a mezzo PEC ex art. 3-bis L. 53/1994 non si sia potuta perfezionare per fatto e/o causa imputabile al destinatario - ciò che tipicamente avviene allorché il mancato recapito del messaggio in cui sostanzialmente consiste la notificazione dipenda dal fatto che la casella del destinatario ha superato il limite di capienza dei messaggi in entrata - essa deve intendersi comunque validamente e perfettamente eseguita a tutti gli effetti in quanto si tratterebbe, in sostanza, di

un caso esattamente corrispondente a quello di (illegittimo) rifiuto di ricevere l'atto da notificare regolato dall'art. 138, secondo comma, c.p.c. per il quale, come noto, la notificazione si intende perfezionata anche quando sia mancata la consegna dell'atto per "fatto" del destinatario.

In conclusione, per la Corte d'Appello nel caso di specie deve affermarsi la validità della notificazione della sentenza avvenuta ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione atteso che la mancata consegna al procuratore costituito ex art. 170 c.p.c. del messaggio PEC è stata causata da circostanza imputabile al destinatario e, di conseguenza, deve essere dichiarata l'inammissibilità per tardività della impugnazione proposta oltre il trentesimo giorno decorrente dalla generazione della ricevuta di mancata consegna.

2. Rapidi cenni sulle notificazioni a mezzo PEC ai sensi dell'articolo 3-bis L. n. 53/1994

Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3-bis L. 53/1994, l'avvocato munito di procura alle liti ma non anche dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine nel cui albo questi è iscritto^[1] può procedere alla notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale con modalità telematica. In tal caso, la notificazione si esegue inviando un messaggio da un indirizzo di posta elettronica certificata dell'avvocato notificante che risulti da pubblici elenchi ad un indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario della notificazione anch'esso risultante da pubblici elenchi^[2]; il messaggio dovrà contenere nell'oggetto la dizione "notificazione ai sensi della legge n. 53 del 1994" e avrà come allegati l'atto

[1] La lettera b) del quinto comma dell'art. 3-bis L. 53/1994 - che precedentemente prevedeva la necessità di indicare nella relata di notificazione gli estremi dell'autorizzazione rilasciata dal competente Consiglio dell'Ordine - è stata infatti soppressa dall'art. 46, comma 1, lett. d), del D.L. 30 giugno n. 90/2014, conv. Con modif. in L. 11 agosto 2014, n. 114.

[2] Ai sensi dell'art. 16-ter D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012, n. 221 "ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia". Per quanto qui interessa, il pubblico elenco di cui all'articolo 6-bis del d.lgs. 82/2005 coincide con l'Indice nazionale dei domicili digitali (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti istituito presso il Ministero per lo sviluppo economico, quello di cui all'articolo 16 del D.L. 185/2008 coincide con il registro delle imprese, quello di cui all'art. 6-quater del D.lgs. 82/2005 con l'Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche e degli altri enti di diritto privato, non tenuti all'iscrizione in albi professionali o nel registro delle imprese la cui realizzazione e gestione sono affidate all'AgID (Agenzia per l'Italia Digitale), quello di cui all'art. 16, comma 12, del D.L. 179/2012 coincide con il Registro degli indirizzi elettronici delle Pubbliche Amministrazioni, gestito dal Ministero della giustizia (da non confondere con l'indice delle Pubbliche Amministrazione-IPA che invece non costituisce elenco pubblico valido ai fini delle notificazioni a mezzo PEC), mentre infine nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici-ReGIndE gestito dal Ministero della Giustizia confluiscono, ad es., gli indirizzi PEC che gli avvocati hanno il dovere di comunicare al proprio ordine di appartenenza. In ragione del chiarissimo tenore testuale della disposizione, nonché in dipendenza delle modalità con le quali viene alimentato e compilato l'INI-PEC (ossia attraverso la comunicazione giornaliera dei dati risultanti dal registro delle imprese o dagli ordini professionali), deve ritenersi gravemente errata Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2019, n. 3709 in cui è stata affermato il seguente principio di diritto: "Il domicilio digitale previsto dal D.L. n. 179 del 2012, art. 16 sexies, conv. con modif. in L. n. 221 del 2012, come modificato dal D.L. n. 90 del 2014, conv., con modif., in L. n. 114 del 2014, corrisponde all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che, per il tramite di quest'ultimo, è inserito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della giustizia. Solo questo indirizzo è qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'effettiva difesa, sicché la notificazione di un atto giudiziario ad un indirizzo PEC riferibile - a seconda dei casi - alla parte personalmente o al difensore, ma diverso da quello inserito nel ReGIndE, è nulla, restando del tutto irrilevante la circostanza che detto indirizzo risulti dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC)". Nel caso di specie era accaduto che la sentenza di secondo grado impugnata per cassazione era stata notificata, ai fini della decorrenza del termine breve, ad un indirizzo PEC dell'Avvocatura Generale dello Stato che risultava nell'INI-PEC ma, a quanto è dato capire dalla motivazione, non anche dal ReGIndE nel quale, al contrario, sembrava essere stato inserito un altro indirizzo. Alla luce del contesto fattuale in cui è stata pronunciata la decisione qui segnalata si capisce che il principio di diritto infine affermato risulti probabilmente non replicabile all'infuori di casi che coinvolgono l'avvocatura dello stato atteso che, come detto in precedenza, per i professionisti iscritti in ordini i due registri - INI-PEC e ReGIndE - sono alimentati con gli stessi dati provenienti dagli albi di appartenenza. Al di là di questo, la pretesa prevalenza delle risultanze del ReGIndE rispetto a quelle del registro INI-PEC che dovrebbe giustificare, secondo l'assunto della Corte di legittimità, la conclusione per cui, nei casi (lo ribadiamo, rari se non impossibili a verificarsi) di conflitto, solo la notificazione eseguita all'indirizzo risultante dal primo potrà considerarsi validamente eseguita non si fonda su alcuna previsione di legge; esattamente al contrario, il tenore letterale del combinato disposto degli articoli 3-bis, comma 1, L. 53/1994 e 16-ter D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 induce a ritenere gli elenchi pubblici individuati da tale ultima disposizione perfettamente fungibili. È appena il caso di precisare, poi, che Cass. 3709/2019 intende espressamente dare continuità all'orientamento di cui sono espressione Cass. civ., Sez. VI - 3, 14 dicembre 2017, n. 30139 in cui, però, può leggersi che "l'art. 16 sexies (rubricato "Domicilio digitale") del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, come introdotto dal D.L. 25 giugno 2014, n. 90, art. 52, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 [...] impone alle parti la notificazione dei propri atti presso l'indirizzo PEC risultante dagli elenchi INI-PEC di cui al D.Lgs. n. 82 del 2005, art. 6 bis, (codice dell'amministrazione digitale) ovvero presso il ReGIndE, di cui al D.M. n. 44 del 2011 " e Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, 25 maggio 2018, n. 13224 la quale ha sì affermato la nullità di una notificazione

e/o il provvedimento da notificare e la relata di notificazione rispettosa dei requisiti di contenuto-forma di cui al comma 5 dell'art. 3-bis L. 53/1994.

Secondo quanto disposto dal comma 3 dell'art. 3-bis L. 53/1994 la notificazione si perfeziona "per il soggetto notificante, nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna 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". Tale previsione in ordine al momento perfezionativo della notificazione a mezzo pec eseguita da un avvocato ai sensi delle disposizioni contenute nella L. 53/1994 deve, peraltro, completarsi con quanto previsto dall'art 16-septies del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, secondo cui "la disposizione dell'articolo 147 del codice di procedura civile si applica anche alle notificazioni eseguite con modalità telematiche. Quando è eseguita dopo le ore 21, la notificazione si considera perfezionata alle ore 7 del giorno successivo"^[3]. Ai fini che qui interessano non è necessario soffermarsi sul-

le varie e numerose questioni (sovente, peraltro, di carattere eminentemente tecnico) che sorgono in relazione alla notificazione di atti processuali a mezzo PEC ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3-bis L. 53/1994^[4]; interessa piuttosto verificare se, alla luce del dato legislativo e dei precedenti della giurisprudenza di legittimità, la soluzione fornita dalla Corte di Appello di Roma sia o meno corretta.

3. Osservazioni critiche

Nella propria (diciamo subito, non condivisibile) decisione, la Corte d'Appello di Roma ritiene che la conclusione circa la piena e perfetta efficacia^[5] della notificazione a mezzo PEC che abbia avuto come esito quella della generazione di una ricevuta di mancata consegna per fatto imputabile al destinatario (nel caso di specie, in quanto la casella pec del procuratore costituito in primo grado era risultata "piena") debba venire a fondarsi, innanzi tutto, sulla sussistenza di un obbligo a carico di tutti i soggetti che per legge devono dotarsi di un indirizzo e di una casella di posta elettronica certificata di verificare diligentemente il corretto funzionamento di tali strumenti telematici^[6].

Secondo il ragionamento della Corte territoriale, dunque, se

ne a mezzo PEC eseguita ad un indirizzo diverso da quello risultante dal ReGIndE ma in un caso in cui tale diverso indirizzo coincideva con quello che il difensore aveva indicato negli atti processuali e che, in ogni caso, ribadisce il principio di diritto per cui "ai fini del domicilio digitale di cui al D.L. n. 179 del 2012, art. 16-sexies, conv. con modif. in L. n. 221 del 2012, siccome introdotto dal D.L. n. 90 del 2014, art. 52, comma 1, lett. b), conv. con modif. in L. n. 114 del 2014, l'unico indirizzo di posta elettronica certificata rilevante è quello risultante dagli elenchi di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 6-bis, nonché dal "RegInde", gestito dal ministero della giustizia".

^[3] Secondo il "diritto vivente" la disposizione - letta unitamente al terzo comma dell'art. 3-bis L. 53/1994 - stava a significare che nel caso in cui la ricevuta di accettazione fosse stata generata dopo le ore 21, ancorché l'invio del messaggio fosse precedente, la notificazione si intendeva perfezionata anche per il notificante il giorno successivo (così, tra le tante, Cass. civ., Sez. VI - Lav., 9 gennaio 2019, n. 393, Cass. civ., Sez. VI - 5, 9 gennaio 2019, n. 398 Cass. civ., Sez. VI - 1, 12 novembre 2018, n. 28864, Cass. civ., Sez. lavoro, 30 agosto 2018, n. 21445, Cass. civ., Sez. VI - 3, 31 luglio 2018, n. 20198). La Corte d'Appello di Milano (ordinanza 16 ottobre 2017, in Giur. It., 2018, 3, 617 con nota di F. Cossignani) ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16-septies del D.L. n. 179/2012 nella parte in cui differisce il perfezionamento della notificazione alle ore 7 del giorno successivo, anche per il notificante, quando la notificazione è eseguita dall'avvocato in via telematica ex art. 3 bis, L. n. 53/1994 e la ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21, risultando violati l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'uguaglianza e della ragionevolezza, e gli artt. 24 e 111 Cost., con riferimento al diritto di azione e di difesa del notificante. La Corte Costituzionale, con sentenza 75 del 9 aprile 2019, ha ritenuto fondata la questione e, per l'effetto, ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 16-septies del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, nella parte in cui prevede che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta".

^[4] Per un esame si v. A. Bonafine, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*, Roma, 2017, 220 e s.s., nonché la recente rassegna tematica della giurisprudenza di legittimità sul processo civile telematico a cura dell'Ufficio del Massimario e Ruolo della Corte di Cassazione aggiornata al febbraio 2019 e reperibile sul sito www.cortedicassazione.it.

^[5] Nella decisione si afferma più volte che la notificazione a mezzo pec deve considerarsi valida anche quando, come nel caso di specie, sia stata generata una ricevuta di mancata consegna per fatto imputabile al destinatario. Preferiamo nel testo far riferimento ad un giudizio di efficacia, piuttosto che di validità, perché in realtà in ipotesi siffatte non vi è da far questione intorno al rispetto o meno di requisiti formali ma, diversamente, di comprendere se la mancata consegna consenta ugualmente, in quanto dipendente da causa imputabile al destinatario, di far conseguire al procedimento notificatorio (evidentemente incompleto) il suo tipico effetto.

^[6] Si tratta di obbligo certamente esistente ma, come si vedrà, il suo eventuale inadempimento e, quindi, l'impossibilità di procedere con una notificazione a mezzo pec ai sensi della L. 53/1994 per fatto imputabile al destinatario non produce mai l'automatica conseguenza di ritenere comunque perfezionato il relativo procedimento ancorché esso si sia arrestato prima del suo completamento. Situazioni diverse da quella oggetto del provvedimento della Corte di Appello di Roma e di

il messaggio correttamente inviato dal notificante all'indirizzo PEC risultante da pubblici registri del destinatario non viene consegnato per un malfunzionamento della casella che il destinatario stesso avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza o, comunque, di cui si sarebbe potuto accorgere sempre usando l'ordinaria diligenza, allora è giusto far derivare a carico del negligente destinatario la negativa conseguenza di ritenere comunque perfezionata la notificazione nonostante vi sia la certezza che l'atto non è stato recapitato e che, in definitiva, il procedimento notificatorio non ha concretamente potuto attingere il proprio scopo.

Si tratta, sempre a parere della Corte di Appello, di una ricostruzione che troverebbe conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (sia civile, che penale) e, segnatamente, in tre precedenti che vengono a tal fine evocati.

La Corte capitolina, innanzi tutto, richiama Cass., sez. VI-3, 25 settembre 2017, n. 22320 in cui, tuttavia, non si faceva minimamente questione della possibilità di ritenere comunque (efficacemente) consegnato e, dunque, notificato un atto a mezzo PEC pur se venga generato un messaggio di mancata consegna per casella piena. Al contrario, in questa decisione si risolve un caso in cui il destinatario di una notificazione a mezzo PEC ne aveva dedotto la nullità in quanto, nonostante il fatto che il messaggio fosse stato correttamente recapitato nella sua casella pec e fosse stata, dunque, generata la ricevuta di avvenuta consegna, non vi era stata la possibilità di avere concreta conoscenza dell'atto notificato perché il suo formato era leggibile solo mediante particolare strumenti tecnici non installati nel computer del destinatario. A fronte di tale deduzione, la SC ha avuto buon gioco nel rilevarne la manifesta infondatezza osservando, in motivazione, come non possa sostenersi che "nell'attuale contesto di diffusione degli strumenti informatici ed in ogni caso delle telecomunicazioni con tali mezzi, quello che consenta di leggere correntemente il formato di un atto notificato nel rispetto di quelle regole, corrispondenti a standard tecnici minimi ed adeguatamente diffusi e pubblicizzati, comporti, per un pro-

fessionista legale quale ordinario ovvero normale destinatario di quelle regole, un onere eccezionale od eccessivamente gravoso: integrando piuttosto la dotazione di quegli strumenti un necessario complemento dello strumentario corrente della sua attività quotidiana e, quindi, un *adminiculum* ormai insostituibile per l'esercizio corrente della sua professione, attesa l'immanente e permanente quotidiana possibilità dell'impiego, da parte sua o nei suoi confronti, degli strumenti tecnici consistenti nella notifica col mezzo telematico di atti, soprattutto processuali; e salva beninteso l'allegazione e la prova, da valutarsi con il necessario rigore, del caso fortuito, come in ipotesi di malfunzionamenti del tutto incolpevoli ed imprevedibili, comunque non imputabili, nemmeno con la diligenza professionale legittimamente esigibile, al professionista coinvolto".

Dunque, nel caso deciso da Cass. 22320/2017 l'onere di diligenza alla cui violazione si richiama la Corte d'Appello nella decisione in commento al fine di farne discendere il perfezionamento della notificazione nonostante sia mancata la consegna del messaggio nella casella PEC del destinatario è impiegato dalla Suprema Corte, assai diversamente, per negare ingresso alla questione di nullità di una notificazione (i) correttamente perfezionata al lume della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 3bis L. 53/1994 e (ii) che aveva anche pienamente raggiunto il suo scopo di portare a conoscenza del destinatario l'atto da notificare la cui concreta conoscibilità era stata, semmai, impedita da inconvenienti tecnici addebitabili alla piena responsabilità del destinatario stesso. Una fattispecie ed un principio di diritto certamente inapplicabili, dunque, al caso della mancata consegna del messaggio PEC nella casella del destinatario per fatto a questi imputabile.

L'altro precedente evocato dalla decisione della Corte d'Appello romana è Cass. civ., sez. lav., 21 maggio 2018, n. 12451 in cui si discuteva della tempestività del ricorso per cassazione (ex art. 99, comma 12, L.F.) avverso il decreto di rigetto della opposizione allo stato passivo che, come risaputo, de-

queste brevi note di commento critiche sono, ovviamente, quelle in cui la notificazione a mezzo pec ai sensi della L. 53/1994 si sia correttamente perfezionata con la generazione della ricevuta di consegna ed il destinatario, tuttavia, allegghi di non aver avuto conoscenza effettiva del provvedimento e/o atto notificato in ragioni di circostanze relative ad un mancato funzionamento del sistema. In tali casi, invero, la notificazione si è perfezionata secondo quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 3-bis L. 53/1994 gravando sul destinatario l'onere di dedurre e provare che quella mancata conoscenza sia dipesa, appunto, da un malfunzionamento incolpevole, imprevedibile e comunque non imputabile al destinatario stesso. Così, ad es., si è negato di potersi dichiarare nulla una notificazione a mezzo PEC regolarmente perfezionata con la ricevuta di avvenuta consegna in un caso di accertata aggressione ad opera di esterni all'account di posta elettronica certificata del destinatario il quale, si è detto, ha il dovere di assicurarsi del corretto funzionamento della propria casella postale certificata utilizzando a tal fine dispositivi di vigilanza e di controllo, dotati di misure anti intrusione, e controllando prudentemente la posta in arrivo, ivi compresa quella considerata dal programma gestionale utilizzato come "posta indesiderata" (così, Cass., civ., 7 luglio 2016, n. 13917). Si tratta, come ognuno vede, di situazioni radicalmente diverse da quella in cui la notificazione a mezzo PEC non abbia potuto attingere il suo scopo, ossia quello di consegnare l'atto alla casella PEC del destinatario, seppur per fatto imputabile al destinatario. Su questo punto decisivo si tornerà di seguito nel testo.

ve essere proposto entro 30 giorni dalla comunicazione di tale decreto da parte della cancelleria[7].

In questo caso, in effetti, si trattava di accertare se il mancato perfezionamento della comunicazione di cancelleria a mezzo PEC (e non anche, si badi, di una notificazione a mezzo PEC ai sensi della L. 53/1994[8]) per causa imputabile al destinatario[9] potesse comunque consentire di ritenere inammissibile, in quanto tardivo, il ricorso per cassazione proposto al di là del termine di 30 giorni dal deposito in cancelleria del decreto o se, invece, proprio in ragione del fatto che la comunicazione di cancelleria non si era potuta perfezionare (ancorché per fatto imputabile al destinatario) tale impugnazione dovesse ritenersi tempestiva ed ammissibile perché proposta entro il termine di 6 mesi dalla pubblicazione (vale a dire, dal deposito in cancelleria) del decreto stesso.

La Suprema Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso ritenendo, correttamente, che il termine di 30 giorni fosse comunque decorso in quanto, in ipotesi siffatte, si deve fare applicazione del disposto dell'art. 16, comma 6, D.L. 18 ot-

tobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221) per il quale "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 dipendenza di tale norma[10], dunque, non vi è dubbio che in caso di comunicazione telematica omessa per fatto imputabile al destinatario si debba comunque intendere perfezionato il procedimento previsto dalla legge per portare a conoscenza di una parte il contenuto di un provvedimento, in quanto la pubblicità del provvedimento garantita con il deposito in cancelleria è comunque in grado di assicurarne una sua, pur astratta[11], conoscibilità in capo al negligente destinatario[12].

Il caso, dunque, era differente da quello risolto dalla pro-

[7] La norma, dunque, è doppiamente speciale rispetto alle norme ordinarie che disciplinano i termini per la proposizione del ricorso per cassazione. Non solo, infatti, il termine per ricorrere in cassazione avverso il decreto che definisce una delle impugnazioni dello stato passivo di cui all'art. 98 L.F. è dimezzato rispetto a quello ordinario di cui all'art. 325 c.p.c. ma, di più, la sua decorrenza è ancorata alla comunicazione di cancelleria piuttosto che alla notificazione ad istanza di parte ai sensi dell'art. 285 c.p.c. È appena il caso di precisare, peraltro, che in mancanza di comunicazione da parte della cancelleria si applicherà il termine di 6 mesi dal deposito in cancelleria del decreto e che, al contrario, nel caso in cui la comunicazione della cancelleria sia anticipata dalla notificazione ad istanza di parte, allora dal compimento di questa decorrerà il termine di 30 giorni. Per quanto qui specificamente interessa, deve precisarsi che, secondo quanto si dirà meglio infra nel testo e nelle note, in tutte le ipotesi in cui la comunicazione di cancelleria costituisce il dies a quo per la proposizione di un mezzo di impugnazione (sono i casi, ad es., del regolamento di competenza, dell'ordinanza che decide un giudizio svoltosi nelle forme del procedimento sommario di cognizione ex art. 702-quater c.p.c., così come quello della impugnazione della sentenza di primo grado allorché l'appello sia stato dichiarato inammissibile ai sensi degli artt. 348-bis e 348-ter c.p.c.), allorché la comunicazione di cancelleria a mezzo PEC del provvedimento venga "omessa" per fatto imputabile al destinatario, si applicherà comunque il termine breve (rispettivamente di 30 giorni in caso di regolamento di competenza, ricorso per cassazione avverso il decreto ex art. 99, 12, L.F. e di appello avverso l'ordinanza ex art. 702-quater c.p.c. e di 60 giorni in caso di ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado nei casi di cui all'art. 348-ter c.p.c.) decorrente dal deposito in cancelleria del provvedimento impugnabile con regolamento di competenza, del decreto ex art. 99, comma 12, L.F. o dell'ordinanza ex art. 702-quater, ovvero della ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. e non troverà, invece, applicazione la regola residuale per cui, mancando la comunicazione, dovrebbe farsi applicazione del termine lungo di 6 mesi dalla pubblicazione.

[8] La distinzione è fondamentale ai fini della questione specifica che si sta affrontando. Lo si vedrà a breve nel testo e nelle note.

[9] Anche nel caso deciso da Cass. 12451/2018, peraltro, l'impossibilità di recapitare il messaggio PEC da parte della cancelleria era dipesa dal fatto che la casella PEC del destinatari era risultata piena.

[10] La norma, è bene precisarlo, si applica solo alle comunicazioni e alle notificazioni di cancelleria le quali, ai sensi dell'art. 16, comma 4, D.L. 179/2012, si eseguono "esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi". Quello che rileva ai nostri fini è, come evidente, il fatto che in tali casi l'utilizzo dello strumento telematico è l'unico a disposizione della cancelleria per procedere alle comunicazioni o notificazioni, così come si desume dall'avverbio "esclusivamente" che campeggia nella disposizione appena evocata.

[11] La previsione in ordine alla sufficienza del mero deposito in cancelleria del provvedimento e, dunque, della "semplice" pubblicità del provvedimento stesso ai fini del perfezionamento della comunicazione è giustificata, come è ovvio, proprio dal fatto che l'omissione dello specifico procedimento volto a garantire la concreta conoscibilità del provvedimento è dipesa da fatto imputabile al destinatario. Ciò non toglie, però, che pur trattandosi di norma che in qualche misura tende a sanzionare il negligente destinatario, essa consenta comunque di ricollegare la conoscibilità del provvedimento ad un dato evento distinto dal mero mancato perfezionamento della comunicazione e astrattamente in grado di surrogare l'attività conoscitiva omessa. Ciò che, al contrario, non può in alcun modo dirsi nel caso di mancato perfezionamento di una notificazione a mezzo PEC ai sensi della L. 53/1994 allorché, cioè, venga generata una ricevuta di mancata consegna. Anche su questo ulteriore e decisivo aspetto di tornerà meglio infra nel testo e nelle note.

[12] Nei casi in cui, dunque, la comunicazione di cancelleria del provvedimento segna il momento da cui inizia a decorrere il termine per la proposizione di una

nuncia della Corte di Appello oggetto di queste note di commento in quanto relativo non ad un'ipotesi di notificazione a mezzo PEC ai sensi dell'art. 3-bis L. 53/1994 ma, diversamente, ad un caso di comunicazione di cancelleria per la quale vige una espressa disposizione di legge volta a disciplinare le conseguenze derivanti dal mancato perfezionamento della comunicazione di cancelleria stessa per causa imputabile al destinatario.

La stessa valutazione di radicale inconferenza deve essere riservata anche all'ulteriore "precedente" invocato dalla Corte d'Appello a sostegno della propria decisione, ossia Cass. pen., 1° dicembre 2017, n. 54141 che ha affermato il seguente principio di diritto "Deve ritenersi regolarmente perfezionata la comunicazione o la notificazione mediante deposito in cancelleria, ai sensi del D.L. n. 179 del 2012, art. 16, comma 6, nel caso in cui la mancata consegna del messaggio di PEC sia imputabile al destinatario, ciò che si verifica quando il destinatario medesimo, venendo meno agli obblighi previsti dal D.M. n. 44 del 2011, art. 20, non si doti dei necessari strumenti informatici ovvero non ne verifichi l'efficienza". Anche in tal caso, dunque, si discuteva della sufficienza del mero deposito in cancelleria di un provvedimento ai fini della sua conoscibilità allorché la sua comunicazione a mezzo PEC non si sia perfezionata per causa imputabile al destinatario; e quindi anche in tal caso a venire in rilievo era la chiara disposizione dettata, per le comunicazioni e notificazioni di cancelleria, dall'art. 16, comma 6, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221).

La decisione in commento, dopo aver invocato a sostegno della (palesamente) errata conclusione raggiunta "precedenti" solo apparentemente conformi ma, in realtà, del tutto inconferenti in quanto resi in relazione a casi diversi da quello in cui si tratti di dover stabilire le sorti di una notificazione a mezzo PEC ex art. 3-bis L. 53/1994 che non si sia potuta perfezionare per fatto imputabile al destinatario, si spinge oltre sino a negare immotivatamente rilevanza e decisività all'unico precedente - contrario alla soluzione adottata dalla Corte territoriale nel provvedimento oggetto di queste brevi note di commento - che poteva dirsi davvero in termini.

Nella sua decisione, infatti, la Corte d'Appello fa riferimento, per discostarsene, a Cass. civ., Sez. V, 20 luglio 2018, n. 19397 resa a definizione di un giudizio di cassazione in cui era accaduto questo: ordinata l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., il ricorrente, l'ultimo giorno utile, tentava di notificare il ricorso al litisconsorte pretermesso a mezzo PEC ma la notificazione si concludeva con la generazione di un avviso di mancata consegna per fatto imputabile al destinatario; a questo punto, dunque, il ricorrente, il giorno immediatamente successivo, procedeva a notificare il ricorso al litisconsorte pretermesso nelle forme tradizionali e la notificazione si perfezionava ritualmente; a fronte di tali accadimenti processuali la Corte si è interrogata su di una eventuale inammissibilità del ricorso per mancata ottemperanza all'ordine ex art. 331 c.p.c. entro il termine "perentorio" all'uopo fissato e, a tal proposito, ha innanzi tutto rilevato come non potessi darsi alcuna rilevanza al (mero) tentativo di notificazione eseguito a mezzo PEC l'ultimo giorno utile atteso che "l'esito negativo della notifica, sia pure chiaramente imputabile al destinatario per non aver reso possibile la ricezione di messaggi sulla propria casella di PEC, non consente di ritenere perfezionata tale notifica a mezzo PEC; non si applica, invero, con riguardo alla ricevuta di mancata consegna generata a seguito di notifica telematica effettuata da un Avvocato ai sensi della L. n. 53 del 1994, la disciplina prevista nel caso in cui la ricevuta di mancata consegna venga generata a seguito di notifica (o comunicazione) effettuata dalla Cancelleria"^[13]; prosegue la Suprema Corte affermando che l'articolo 16, comma 6, D.L. n. 179 del 2012 "è riferibile [...] esclusivamente alle comunicazioni/notificazioni della cancelleria e non anche alle notifiche effettuate a mezzo PEC dagli Avvocati, il che impone, dunque, di provvedere a rinnovare la notifica dell'atto secondo le regole generali dettate dagli artt. 137 e ss. c.p.c., anche nel caso in cui la notifica effettuata non vada a buon fine per causa imputabile al destinatario, atteso che la notifica si perfeziona unicamente al momento della generazione della ricevuta di avvenuta consegna (RAC)"^[14].

A fronte di tali chiarissime e corrette considerazioni, la Corte d'Appello ritiene di doversi discostare da tale (unico, in-

impugnazione (v. la precedente nota 7), il fatto che la legge preveda che, in ipotesi di comunicazione omessa, la stessa si intenda eseguita per mezzo del mero deposito in cancelleria implica che detto deposito in cancelleria - in quanto, come detto, da intendersi quale comunicazione - segnerà il momento di decorrenza del medesimo termine (breve) che sarebbe stato innescato in ipotesi di perfezionamento della comunicazione, diciamo così, vera e propria. In questo senso v. anche Cass. civ., sez. VI, 15 dicembre 2016, n. 25968 che ha dichiarato inammissibile perché tardivo il ricorso per cassazione proposto contro la sentenza di primo grado ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. oltre il termine di 60 giorni dal deposito in cancelleria dell'ordinanza di inammissibilità in un caso in cui la comunicazione a mezzo PEC di questa ordinanza era stata omessa per causa imputabile al destinatario.

[13] Così i punti 1.3 e 1.4 della motivazione di Cass. 19397/2018.

[14] Così il punto 1.5 della motivazione di Cass. 19397/2018.

vero) precedente, da un lato addebitando alla Suprema Corte di non essersi misurata con “i principi affermati dalle precedenti decisioni sotto il profilo della ascrivibilità al destinatario della notifica via PEC della mancata consegna a causa della inagibilità o inadeguatezza della propria casella, sanciti dalle ricordate Cass. n. 22320 del 25/09/2017 e Cass. Pen. n. 54141 del 01.12.2017”^[15] e, dall’altro, assai sorprendentemente rilevando che la “motivazione di Cass. n. 19397/2018 risulta più che altro incentrata sull’applicazione del principio della efficacia della notificazione a far data dalla iniziale richiesta di notifica, nel caso di mancato perfezionamento per ragioni non imputabili al notificante e di presa del procedimento notificatorio entro un termine ragionevolmente contenuto secondo la comune diligenza, senza entrare in motivato contrasto con i principi formulati dalle precedenti pronunzie del 2017”.

Anche quest’ultimo rilievo, però, non pare proprio cogliere nel segno. È agevole osservare, infatti, che in tanto la Suprema Corte ha ragione di evocare il principio di diritto per cui la richiesta di notificazione di un atto è da considerarsi tempestiva pur se intervenuta dopo la scadenza del termine perentorio allorché detta richiesta costituisca la riattivazione, entro un termine ragionevole, di un procedimento notificatorio innescato entro il medesimo termine perentorio e però non perfezionatasi per causa non imputabile al notificante^[16], proprio perché ha ritenuto non perfezionatasi - per causa imputabile al destinatario e, quindi, per causa non im-

putabile al notificante - la notificazione a mezzo PEC solo tentata entro il termine posto dalla ordinanza di integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c.; quindi, esattamente al contrario di quanto opinato nella pronuncia in commento, il fatto che la decisione sia “più che altro incentrata sull’applicazione del principio della efficacia della notificazione a far data dalla iniziale richiesta di notifica” non consente in alcun modo di far degradare a mero obiter quanto chiaramente ed espressamente affermato dalla Suprema Corte circa la radicale impossibilità di ritenere perfezionata la notificazione a mezzo PEC in caso di generazione di una ricevuta di mancata consegna (anche) per causa imputabile al destinatario atteso che, come visto, tale conclusione è dichiaratamente funzionale alla necessariamente conseguente invocazione del principio di diritto espresso da Cass., SS.UU., 14594/2016 al fine di ritenere tempestivamente adempiuto l’ordine di integrazione del contraddittorio^[17].

4. Conclusioni

Da quanto sopra esposto, la manifesta erroneità della conclusione attinta dalla Corte d’Appello nel caso di specie emerge, crediamo, con evidenza.

Pure al di là dei decisivi rilievi in precedenza svolti circa l’inconferenza dei precedenti invocati a sostegno della decisione e la decisiva rilevanza, a torto negata, da riconoscere all’unico vero precedente in termini, occorre ribadire come il ritenere perfezionata una notificazione a mezzo PEC ai

^[15] Il rilievo mosso dalla Corte d’appello romana ai giudici della Corte Suprema è, a dir poco, ingeneroso. Gli è che, per un verso, la Suprema Corte non doveva in alcun modo misurarsi con i precedenti erroneamente invocati dalla decisione in commento in quanto, come già visto, essi si riferivano a fattispecie in cui a venir in rilievo era la disposizione di cui all’art. 16, comma 6, D.L. 179/2012 che la Suprema Corte, nella decisione 19397/2018, dichiara espressamente non applicabile al caso del mancato perfezionamento della notificazione a mezzo PEC ex art. 3-bis L. 53/1994 per causa imputabile al destinatario e, per altro e decisivo verso, il profilo della ascrivibilità alla responsabilità del destinatario della mancata consegna è in realtà chiaramente preso in considerazione dalla Suprema Corte nella motivazione della decisione 19397/2018 laddove espressamente si afferma che si deve “provvedere a rinnovare la notifica dell’atto secondo le regole generali dettate dagli artt. 137 e ss. anche nel caso in cui la notifica effettuata non vada a buon fine per causa imputabile al destinatario, atteso che la notifica si perfeziona unicamente al momento della generazione della ricevuta di avvenuta consegna (RAC)”.

^[16] Il riferimento è a Cass. civ., Sez. Unite, 15 luglio 2016, n. 14594 la quale - aderendo al dictum di Cass. civ., Sez. Un., 24 luglio 2009, n. 17352 che aveva affermato il seguente principio di diritto: “nel caso in cui la notificazione di un atto processuale da compiere entro un termine perentorio non si concluda positivamente per circostanze non imputabili al richiedente, quest’ultimo, ove se ne presenti la possibilità, ha la facoltà e l’onere di richiedere la ripresa del procedimento notificatorio, e la conseguente notificazione, ai fini del rispetto del termine, avrà effetto fin dalla data della iniziale attivazione del procedimento, sempreché la ripresa del medesimo sia intervenuta entro un tempo ragionevolmente contenuto, tenuti anche presenti i tempi necessari secondo la comune diligenza per venire a conoscenza dell’esito negativo della notificazione e per assumere le informazioni ulteriori conseguentemente necessarie” - ne ha voluto, diciamo così, chiarire e concretizzare la portata statuendo che “la parte che ha richiesto la notifica, nell’ipotesi in cui non sia andata a buon fine per ragioni e lei non imputabili, appreso dell’esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve attivarsi con immediatezza per riprendere il processo notificatorio e deve svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento. Questi requisiti di immediatezza e tempestività non possono ritenersi sussistenti qualora sia stato superato il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall’art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data rigorosa prova”.

^[17] Vale la pena di ribadirlo: se la decisione avesse ritenuto correttamente perfezionatasi la notificazione a mezzo PEC culminata con la generazione di una ricevuta di mancata consegna per fatto imputabile al destinatario, non avrebbe avuto alcun motivo di indugiare sulla necessità di invocare il salvifico principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite nella decisione 17352/2016 per dare rilevanza alla richiesta di notificazione secondo le regole generali avvenuta il giorno dopo la scadenza del termine perentorio.

sensi dell'art. 3-bis L. 53/1994 pure nel caso in cui non sia stato possibile recapitare il messaggio per causa imputabile al destinatario ed in cui, quindi, sia stata generata una ricevuta di mancata consegna conflagge, apertamente e testualmente, con la previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 3-bis L. 53/1994 a tenore del quale, come sopra visto, la notificazione "si perfeziona [...] per il destinatario nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna [...]"; di modo che non si riesce a comprendere in che modo la notificazione possa ritenersi perfezionata allorché venga generata una ricevuta di mancata consegna.

Già questo argomento dovrebbe essere considerato, di per sé, sufficiente a risolvere la questione specifica nell'unico modo razionalmente possibile, vale a dire negando che possa attribuirsi efficacia ad un procedimento notificatorio manifestamente incompleto che ha avuto un esito radicalmente negativo non avendo potuto attingere - ancorché per fatto imputabile al destinatario - il proprio scopo^[18].

Ma volendo proseguire oltre, dovrebbe anche rilevarsi che, ferma la inapplicabilità al caso che qui interessa della disposizione dettata per il caso di comunicazione o notificazione di cancelleria omessa per causa imputabile al destinatario, vi è anche un'altra norma che impone di giungere alla conclusione circa la radicale impossibilità di ritenere perfezionata una notificazione a mezzo PEC ex art. 3-bis L. 53/1994 pacificamente omessa in quanto culminata non con la generazione di una ricevuta di avvenuta consegna, bensì con il suo esatto opposto (ossia con la generazione di una ricevuta di mancata consegna).

L'art. 16-sexies del D.L. 179/2012 prevede, infatti, che "salvo quanto previsto dall'articolo 366 del codice di procedura civile, quando la legge prevede che le notificazioni degli atti in materia civile al difensore siano eseguite, ad istanza di parte, presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario, alla notificazione con le predette modalità può procedersi esclusivamente quando non sia possibile, per causa imputabile al destinatario, la notificazione presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, risultante dagli elenchi di cui all'articolo

6-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal ministero della giustizia". La norma, dettata al fine di rendere oramai inattuale l'obbligo per il difensore extra-districtum di eleggere un domicilio "fisico" nel Comune nel cui circondario ha sede il giudice adito, costituisce ulteriore conferma - semmai ve ne fosse bisogno - del fatto che in caso di mancato perfezionamento della notificazione a mezzo PEC per fatto imputabile al destinatario (ossia, per i casi in cui venga generata una ricevuta di mancata consegna per un malfunzionamento della casella del destinatario imputabile a quest'ultimo) è comunque necessario procedere ad una altra forma di notificazione che, nel caso di procuratore extra-districtum sarà quella della notificazione in cancelleria, mentre negli altri casi sarà quella ordinaria prevista dagli artt. 137 e ss. c.p.c..

In nessun caso, quindi, l'imputabilità al destinatario del mancato perfezionamento della notificazione a mezzo PEC è in grado di ingenerare una *fictio iuris* tale per cui l'atto deve ritenersi comunque consegnato quand'anche in concreto non lo sia stato, altrimenti si farebbe, a dir poco, fatica a capire il senso della disposizione dettata dall'art. 16-sexies appena menzionata.

Né, beninteso e come già accennato, tale *fictio* in cui in definitiva si risolve la conclusione patrocinata dalla Corte d'Appello di Roma può trovare valida e fondata giustificazione nella evocata equiparazione *quoad effectum* della fattispecie in discorso con quella disciplinata dall'art. 138 c.p.c.

Nel caso in cui il destinatario rifiuti di ricevere la copia dell'atto che l'ufficiale giudiziario sta tentando di consegnarli a sue mani, vi è un volontario e consapevole contegno del destinatario stesso che consente, nel caso in cui non se ne riesca a dimostrare la legittimità, di ritenere la notificazione eseguita e "fatta in mani proprie", nell'altro c'è un contegno, al più, negligenzemente omissivo del destinatario il quale, pur se con colpa, non è comunque neppure in grado di conoscere che una notificazione è stata tentata nei suoi confronti^[19]. Le situazioni sono, quindi, oggettivamente e profon-

[18] Siamo di fronte, come ognuno vede, ad una ipotesi di radicale inesistenza della notificazione che, stando alle parole di Cass. civ., Sez. Un., 20 luglio 2016, n. 14916, ricorre allorché "l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, così da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa". Nella generazione della ricevuta di mancata consegna è, in effetti, agevole scorgere simmetria ed equivalenza rispetto alla restituzione pura e semplice dell'atto al notificante da parte dell'ufficiale giudiziario che fa seguito ad un tentativo di consegna non andato a buon fine (non rileva, al momento, se per causa imputabile al destinatario). In entrambi i casi, come pare evidente, l'atto non è stato consegnato e la imputabilità ad uno piuttosto che ad un altro dei soggetti del procedimento notificatorio rileverà non ai fini di poter ritenere comunque esistente una notificazione che, invece, è stata omessa ma, diversamente, potrà rilevare al fine di consentire alla parte incolpevole la facoltà di completare in altra forma il procedimento, se del caso senza neppure scontare le conseguenze negative riconnesse al decorso di un termine perentorio.

[19] Un parallelismo potrebbe, semmai, ipotizzarsi tra l'ipotesi di rifiuto del destinatario di ricevere l'atto ex art. 138, comma 2, c.p.c. ed il caso in cui la notificazione a mezzo PEC si sia perfezionata con la generazione della ricevuta di avvenuta consegna ma vi sia la prova che il messaggio non è stato letto e nemmeno aper-

damente diverse e non possono, quindi, essere disciplinate allo stesso modo.

Del resto, e l'osservazione ci pare decisiva, il parallelo istituito dalla Corte d'Appello romana finisce con il provare troppo: se fosse vero quello che si sostiene nella decisione in commento, si dovrebbe allora ritenere che in ogni caso di mancata consegna dell'atto per fatto imputabile al destinatario la notificazione si dovrebbe ritenere ugualmente perfezionata, senza necessità di procedere con forme alternative di comunicazioni che pur tengano conto di tale situazione di procurata irreperibilità[20].

Neppure, infine, potrebbe tentarsi di giustificare la conclusione raggiunta dalla Corte d'Appello rilevando una omologia di fondo tra l'ipotesi del mancato perfezionamento della notificazione a mezzo PEC ai sensi dell'art. 3-bis L. 53 per causa imputabile al destinatario e quella di impossibilità di esecuzione della comunicazione o notificazione di cancelleria sempre per fatto ascrivibile alla responsabilità del destinatario.

Al di là della considerazione per cui per le comunicazioni o notificazioni di cancelleria vi è un'espressa previsione di legge volta a regolare le conseguenze di un loro esito negativo per fatto imputabile al destinatario[21], l'impossibilità di accomunare le due ipotesi deriva dalla osservazione, decisiva,

per cui le comunicazioni o notificazioni di cancelleria devono per legge avvenire esclusivamente a mezzo PEC - di modo che, è ovvio, a tale obbligo di legge non si può venir meno allorché ciò dipenda da fatto imputabile al destinatario della comunicazione - e, per di più, nel caso di loro esito negativo per cause imputabile al destinatario la conoscibilità del provvedimento è comunque astrattamente collegabile alla pubblicità di esso garantita dal deposito in cancelleria (che, infatti, equivale in tali casi alla comunicazione o notificazione). Nel caso di notificazione ad istanza di parte non vi è alcun obbligo di procedere esclusivamente a mezzo PEC, di modo che in caso di mancato perfezionamento per causa imputabile al destinatario potrà e dovrà farsi luogo ad una nuova notificazione nelle forme tradizionali[22].

In ragione di quanto detto, non vi è dubbio circa la manifesta erroneità del principio di diritto affermato ed applicato in casu dalla Corte d'Appello dovendo, infatti, ribadirsi che in caso di notificazione a mezzo PEC ai sensi dell'art. 3-bis L. 53/1994 essa si considera perfezionata solo quando sia generata la ricevuta di avvenuta consegna, di modo che qualora sia generata una ricevuta di mancata consegna anche per cause imputabile al destinatario si dovrà necessariamente procedere con una nuova notificazione, se del caso utilizzando le forme tradizionali di cui agli artt. 137 e ss. c.p.c.

to dal destinatario. Ed infatti, per la assoluta irrilevanza, come ovvio, di tale circostanza v. Cass. Civ., sez. VI, 18 gennaio 2019 n. 1466 pronunciata con riferimento alla notificazione a mezzo PEC del ricorso e del decreto di convocazione ex art. 15, comma 3, L.F. Ai sensi del vigente art. 15, comma 3, l.fall., infatti, il ricorso e il decreto di convocazione devono essere notificati, a cura della cancelleria, all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore risultante dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti. Quando, per qualsiasi ragione, la notificazione a mezzo PEC non risulta possibile o non ha esito positivo, la notificazione del ricorso e del decreto dovrà avvenire, a cura del ricorrente, a mezzo Ufficio Giudiziario che vi procederà di persona, a norma dell'art. 107, comma 1, d.P.R. n. 1229/1959 (essendo, dunque, bandita la notificazione a mezzo posta, in motivazione Cass. 14 gennaio 2019 n. 642, Cass. 26 giugno 2018 n. 16864), presso la sede dell'impresa risultante dal registro delle imprese. Quando la notificazione non può essere compiuta neppure con questa ulteriore modalità, la stessa si intenderà senz'altro perfezionata con il deposito dell'atto nella casa comunale della sede che risulta iscritta nel registro delle imprese. La previsione, per quanto qui interessa, prevede dunque che, pur trattandosi di notificazione eseguita a cura della cancelleria (e per la quale sarebbe quindi astrattamente applicabile la disposizione di cui all'art. 16, comma 6, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179), l'esito negativo della notificazione a mezzo PEC, anche se imputabile al destinatario, impone comunque di procedere con altra forma di notificazione.

[20] Si dovrebbe, insomma, ritenere ad esempio che nel caso in cui la notificazione dell'impugnazione venga tentata nei confronti del procuratore costituito presso il domicilio risultante dall'albo cui questi è iscritto e non abbia, però, esito positivo in ragione del non pubblicizzato trasferimento del domicilio del destinatario, la notificazione dovrebbe, per ciò solo ed in ragione della imputabilità al destinatario del mancato perfezionamento del procedimento notificatorio, ritenersi eseguita già per effetto di questo (mero) tentativo non andato a buon fine.

[21] Norma che, invece e a ragione, manca con riferimento ai casi di mancato perfezionamento di una notificazione a mezzo PEC ex art. 3-bis L. 53/1994 per fatto imputabile al destinatario.

[22] L'imputabilità al destinatario del mancato perfezionamento della notificazione a mezzo PEC se non consente di ritenere comunque eseguita una valida ed efficace notificazione (e ciò al lume di tutto quanto si è venuti dicendo sino ad ora), non è però irrilevante. Ed infatti, nei casi in cui il notificante debba rispettare un termine di decadenza, l'esito negativo per cause imputabili al destinatario del tentativo di notificazione a mezzo PEC eseguito anche solo l'ultimo giorno utile giustificherà l'applicabilità del principio di diritto espresso da Cass. civ., Sez. Un., 20 luglio 2016, n. 14916 (v. la precedente nota 18) e, quindi, consentirà una valida e tempestiva riattivazione del procedimento notificatorio secondo le tradizionali forme che si considererà iniziato sin dal momento in cui sia stata generata la ricevuta di accettazione.

L'ISTRUTTORIA NEL PROCESSO DEL LAVORO

Poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro e decadenza delle parti in ordine alle deduzioni istruttorie. Profili di coordinamento nell'elaborazione giurisprudenziale più recente

di Cinzia Gamba

del 3 maggio 2019

Sommario

1. Note introduttive
2. L'elaborazione interpretativa sui poteri ufficiosi del giudice in rapporto a quelli delle parti in ordine alla deduzione dei mezzi istruttori
3. Gli indirizzi giurisprudenziali più recenti

Cass. civ. sez. lav. ord., 26 marzo 2019, n. 8381

Nel rito del lavoro i mezzi istruttori, preclusi alle parti, possono essere ammessi d'ufficio ma suppongono, tuttavia, la preesistenza di altri mezzi istruttori, ritualmente acquisiti, che siano meritevoli dell'integrazione affidata alle prove ufficiose. L'indisponibilità che consente la produzione tardiva di documenti, peraltro, suppone che, al momento fissato a pena di preclusione o decadenza per la loro produzione, fosse oggettivamente impossibile disporre, trattandosi di documenti la cui formazione risulti necessariamente successiva a tale momento.

Cass. civ. sez. lav., 11 aprile 2017, n. 9296

Nel processo del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio in grado d'appello presuppone la ricorrenza di alcune circostanze quali: l'insussistenza di colpevole inerzia della parte interessata, con conseguente preclusione per inottemperanza ad oneri procedurali, l'opportunità di integrare un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti, l'indispensabilità dell'iniziativa ufficiosa volta non a superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o a supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda, ma solo a colmare eventuali lacune delle risultanze di causa.

1. Note introduttive

Le decisioni della Corte di Cassazione richiamate in epigra-

fe sono intervenute recentemente in relazione a uno dei profili dell'estensione dei poteri istruttori ufficiosi del giudice previsti dall'art. 421 c.p.c.: quello cioè inerente al rapporto tra i poteri del giudice e i poteri delle parti in ordine alla deduzione dei mezzi istruttori, nonché al loro coordinamento. Se è pacifico che le disposizioni di cui all'art. 421 c.p.c., che attribuiscono poteri istruttori differenziati al giudice del lavoro, non derogano al principio della domanda ed all'onere di allegazione dei fatti rilevanti che incombe sulle parti, non sempre l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è stata univoca in ordine al coordinamento tra i suddetti poteri e l'onere delle parti di dare prova dei fatti allegati. Più specificamente, il punto che ha generato oscillazioni giurisprudenziali riguarda la questione se il giudice possa attivarsi facendo uso dei poteri ufficiosi per colmare le lacune istruttorie a fronte di una decadenza nella quale siano eventualmente incorse le parti nelle istanze istruttorie.

2. L'elaborazione interpretativa sui poteri ufficiosi del giudice in rapporto a quelli delle parti in ordine alla deduzione dei mezzi istruttori.

È necessario soffermarsi brevemente sui presupposti elaborati a livello giurisprudenziale in ordine all'esercizio dei poteri istruttori previsti dall'art. 421 c.p.c. Secondo l'orientamento prevalente, se le risultanze della causa hanno portato alla luce significativi elementi di indagine e il giudice ritiene insufficienti le prove già acquisite, si verifica una situa-

zione di incertezza probatoria. Nel regime processuale differenziato del rito del lavoro, il giudice tuttavia, non può applicare la regola dell'onere della prova, ma è chiamato ad esercitare il proprio potere-dovere di disporre d'ufficio i mezzi istruttori sollecitati dalle prove acquisite e idonei a superare l'incertezza probatoria sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, senza che sussista un ostacolo nel verificarsi di decadenze e preclusioni in danno delle parti (ex multis, Cass. civ. sez. lav. 11 dicembre 2014, n. 26107, in *Lavoro nella Giur.*, 2015, 3, 303; Cass. civ. Sez. II Sent., 20/06/2011, n. 13533, in *CED Cassazione* 2011; Cass. civ. sez. lav., 2 febbraio 2009, n. 2577, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2009, 24, 1430; Cass. civ. sez. lav., 10 dicembre 2008, n. 2900, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2009, 28, 1645; Cass. civ. sez. lav. 15 dicembre 2000, n. 15820, in *Pluris*).

L'orientamento consolidato è stato ribadito anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali sono intervenute con due sentenze che hanno messo a punto chiarimenti e precisazioni. Il riferimento è alle seguenti decisioni: Cass. civ., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353 (in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 954 nota di Tatarelli) e Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202 (in *Giur. It.*, 2005, 1457 nota di Socci), che hanno definito alcune linee interpretative generali in materia di poteri del giudice del lavoro. Secondo tali pronunce rese a sezioni unite, i poteri istruttori di cui all'art 421 c.p.c. non possono fondarsi sulla scienza privata del giudice, non potendosi riferire a fatti che non siano stati allegati dalle parti o che non siano stati acquisiti ritualmente al processo, nè dandosi ingresso alle c.d. prove atipiche. Tali poteri devono tuttavia essere esercitati, ricorrendo i descritti presupposti, anche in mancanza di una esplicita richiesta delle parti ed anche se per le stesse si sono verificate preclusioni.

Più specificamente, la irreversibilità della estinzione del diritto di dedurre mezzi istruttori (e specificamente di produrre i documenti) in danno alle parti, dovuta al mancato rispetto di termini perentori e decadenziali, rende di regola il diritto stesso insuscettibile di reviviscenza. Tale rigoroso sistema di preclusioni trova però un contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della "verità materiale", cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento - nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi del citato art. 437 c.p.c., secondo comma, ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse.

Il giudice è chiamato a rendere esplicite - nel rispetto dell'art.

134 c.p.c. e dell'art. 111, 1° co., Cost. - le ragioni che fodano la sua scelta di esercizio dei poteri istruttori d'ufficio oppure, nonostante l'esplicita richiesta delle parti, ritiene di non avvalersene. Il relativo provvedimento può essere sottoposto a sindacato di legittimità per vizio di motivazione, ma anche per violazione o falsa applicazione di legge. Inoltre, le pronunce richiamate hanno precisato che non può ammettersi d'ufficio una prova contro la volontà delle parti di servirsi della stessa; né una prova diretta a sminuire l'efficacia e la portata di una prova già espletata su punti decisivi della controversia (Cass., sez. un., n. 11353/2004 cit.).

Anteriormente alle prese di posizione delle Sezioni unite, tuttavia, all'esercizio del potere istruttorio ex art. 421 c.p.c. l'elaborazione giurisprudenziale aveva individuato taluni limiti più circoscritti. In primo luogo, oltre al rispetto del principio della domanda, all'onere di allegazione dei fatti rilevanti nonché al divieto di scienza privata, si erano posti: la necessità dell'avvenuta deduzione - anche implicita e ricavabile dalla esposizione dei fatti compiuta dalle parti o dall'assunzione di altri mezzi di prova da esse introdotti - dei fatti e dei mezzi di prova idonei a reggere le rispettive ragioni; l'impossibilità soggettiva od oggettiva, per la parte, di rinvenire o dedurre la prova carente, oppure di integrare quella lacunosa; l'eventuale inerzia probatoria, ovvero la rinuncia, esplicita o implicita, della parte; lo specifico sollecito, effettuato dalla parte, all'esercizio dell'attività istruttorie d'ufficio per fini integrativi (Cass. civ. Sez. lavoro, 06/07/2000, n. 9034, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. civ. sez. lav., 6 marzo 2001, n. 3228, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2001).

Quanto al processo del lavoro in grado di appello, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio in grado d'appello presuppone del pari la ricorrenza delle medesime condizioni: l'insussistenza di colpevole inerzia della parte interessata, con conseguente preclusione per inottemperanza ad oneri procedurali, l'opportunità di integrare un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti, l'indispensabilità dell'iniziativa officiosa, volta non a superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttorie o a supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda, ma solo a colmare eventuali lacune delle risultanze di causa (Cass. civ. sez. lav. 9 marzo 2001, n. 3516, in *Pluris*, che ha confermato la sentenza d'appello che aveva respinto la richiesta di prova testimoniale formulata per la prima volta in sede d'impugnazione).

3. Gli indirizzi giurisprudenziali più recenti.

La giurisprudenza, recentemente in modo più sporadico e, in epoca più risalente, costantemente, sembra aver enunciato un indirizzo più restrittivo rispetto all'orientamento prevalente promosso dalla giurisprudenza delle sezioni unite. In

alcune sentenze, infatti, la Cassazione ha affermato che i poteri previsti dall'art. 421 c.p.c. non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, sanando preclusioni e decadenze maturate (Cass. sez. lav. 27 settembre 2003, n. 14404, che condiziona la mancata esercitabilità alla proposizione di rituale eccezione della intervenuta decadenza; nello stesso senso Cass. sez. lav. 1 ottobre 1997, n. 9596, in Pluris), mettendo altresì in luce che la facoltà non può tradursi in poteri d'indagine analoghi a quelli del procedimento penale (Cass. sez. lav. 8 agosto 2002, n. 1200, in Lavoro nella Giur., 2003, 79) In tempi più recenti, la Corte di Cassazione ha posto all'esercizio dei poteri officiosi da parte del giudice talune condizioni quali, in particolare, a) l'assenza di una inerzia colpevole delle parti in ordine alle deduzioni istruttorie; b) l'indispensabilità dell'iniziativa officiosa, la quale non deve essere finalizzata ad ovviare a decadenze, bensì deve essere funzionale a colmare lacune delle risultanze di causa (Cass. civ. sez. lav. 11 marzo 2011, n. 5878, in Lavoro nella Giur., 2011, 5, 517), così che il giudice non si sostituisca alla parte, ma si limiti a riempire le lacune probatorie di un accertamento che, pur se incompleto, presenta tuttavia notevoli gradi di fondatezza (Cass. civ. sez. lav. 7 luglio 2017, n. 16835, Pluris). Nelle pronunce più recenti, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio si è precisato che presuppone, oltre alla insussistenza di colpevole inerzia della parte interessata, altresì l'opportunità di integrare un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti, l'indispensabilità dell'iniziativa officiosa volta non a superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o a supplire ad una carenza probatoria

totale sui fatti costitutivi della domanda (Cass. civ. Sez. lav. 11 aprile 2017, n. 9296, in Pluris).

In modo più temperato, sempre in anni recenti, però, la Suprema Corte ha affermato da un lato che l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza dal diritto di produrli, rilevando, tuttavia, dall'altro lato, che tale sistema di preclusioni trova, però, un contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della "verità materiale", cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro - nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova (Cass. civ. sez. lav. 6 ottobre 2016, n. 20055, in CED Cassazione). Sulla stessa linea interpretativa mediana, almeno a livello di enunciazioni generali, si pone la sentenza più recente richiamata in epigrafe, a mente della quale i mezzi istruttori, preclusi alle parti, possono essere ammessi d'ufficio ma suppongono, tuttavia, la preesistenza di altri mezzi istruttori, ritualmente acquisiti, che siano meritevoli dell'integrazione affidata alle prove officiose. L'indisponibilità che consente la produzione tardiva di documenti, peraltro, suppone che, al momento fissato a pena di preclusione o decadenza per la loro produzione, fosse oggettivamente impossibile disporre, trattandosi di documenti la cui formazione risulti necessariamente successiva a tale momento (Cass. civ. sez. lav., 26 marzo 2019, n. 8381, in Pluris, nel caso di specie, la parte ha giustificato la tardività della produzione con riferimenti generici e tale giustificazione, correttamente, non è stata ritenuta idonea dal giudice di merito).

ESPROPRIAZIONE E COMUNIONE LEGALE

L'espropriazione del bene in comunione legale per crediti personali di un solo coniuge: evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità a partire dalla sentenza della Cass. civ., Sez. 3, n. 6575/2013

di Giulia Baruffaldi

del 6 maggio 2019

Sommario

- I. Introduzione
- II. La sentenza Cass. civ., Sez. 3, n. 6575 del 14.03.2013
- III. Le interpretazioni e le soluzioni adottate dai Tribunali
- IV. L'orientamento dominante della Suprema Corte
- V. Considerazioni finali

I. Introduzione

L'espropriazione del bene facente parte della comunione legale dei coniugi nel caso in cui un solo coniuge rivesta la qualità di debitore è un tema particolarmente delicato poiché, ad oggi, non è mai stato oggetto di alcuna specifica disciplina codicistica né di alcun testo di legge.

Il nostro legislatore, infatti, non ha finora regolamentato la predetta questione, lasciando la materia al dibattito dottrinale ma, soprattutto, alla costruzione giurisprudenziale di merito e di legittimità.

Ciò ha portato e comporta una incertezza circa la corretta modalità di aggredire esecutivamente un bene ricadente nella comunione legale fra i coniugi di cui un solo debitore, sia per la già dedotta mancanza di disciplina ad hoc, sia per l'av-

vertita necessità di contemperare, da un lato, le legittime pretese dei creditori del coniuge debitore e, dall'altro, di limitare il sacrificio subito, suo malgrado, dal coniuge non debitore.

La particolarità della questione risiede principalmente nella qualità del bene aggredito, facente parte della comunione legale tra i coniugi ex artt. 177 c.c. e seguenti, il cui regime non deve confondersi con quello della comunione ordinaria. Infatti, la comunione legale non può essere considerata come una fattispecie di contitolarità del diritto di proprietà, come avviene nel caso della comunione ordinaria, bensì una speciale forma di comproprietà senza quote, come precisato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 311 del 17.03.1988^[1].

[1] Cfr. Corte Cost., 17 marzo 1988, n. 331, in Giur. Cost., 1988, I, p. 1299, secondo cui: "Dalla disciplina della comunione legale risulta una struttura normativa difficilmente riconducibile alla comunione ordinaria. Questa è una comunione per quote, quella è una comunione senza quote; nell'una le quote sono oggetto di un diritto individuale dei singoli partecipanti (arg. ex art. 2825 cod.civ.) e delimitano il potere di disposizione di ciascuno sulla cosa comune (art. 1103); nell'altra i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione (arg. ex art. 189, secondo comma). Nella comunione legale la quota non è un elemento strutturale, ma ha soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari (art. 189), la misura della responsabilità sussidiaria di ciascuno dei coniugi con i propri beni personali verso i creditori della comunione (art. 190), e infine la proporzione in cui, sciolta la comunione, l'attivo e il passivo saranno ripartiti tra i coniugi o i loro eredi (art. 194)". In particolare, nel caso in esame, la Consulta ha deciso in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 184, primo comma, cod.civ. per contrasto con gli artt. 3, 24, primo comma, 29, secondo comma, e 42, secondo comma, Cost., e dell'art. 184, secondo comma, per contrasto con l'art. 24, primo comma, Cost., questione sollevata con ordinanza del 14.01.1987 dal Tribunale di Bari, il quale riteneva che la predetta norma "non appare inserita razionalmente

Per la Consulta, inoltre, la quota non era un elemento strutturale della comunione legale, ma aveva soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione potevano essere aggrediti dai creditori particolari.

Da tale autorevole interpretazione è derivata, sino al 2013, la possibilità per il creditore particolare del coniuge di poter procedere al pignoramento del bene in regime comunione legale - solitamente la casa coniugale - aggredendo soltanto la "quota" di spettanza del coniuge debitore, avendo quest'ultima la sola funzione di delimitare la quantità di bene aggredibile.

In altre parole, il creditore di un coniuge era legittimato a promuovere l'espropriazione di un bene in comunione legale soltanto per la metà, quale "quota ideale" di proprietà del debitore.

II. La sentenza Cass. Civ., Sez. 3, n. 6575 del 14.03.2013

La sentenza in commento (Cass. Civ., Sez. 3, n. 6575 del 14.03.2013) riveste notevole importanza poiché ha operato un netto mutamento di orientamento, dando una nuova interpretazione del regime del bene in comunione legale tra i coniugi e, soprattutto, fornendo delle direttive applicative diverse da quelle sino a quel momento applicate in tema di espropriazione del bene per crediti personali di un solo coniuge.

Come noto, la sentenza de qua, ribadendo la natura di comproprietà senza quote della comunione legale tra i coniugi, ha espressamente stabilito che il creditore personale di uno solo di essi avrebbe dovuto pignorare l'intero bene e non la sua metà, come sempre avvenuto sino a quel momento, con conseguente diritto del coniuge non debitore alla metà di quanto ricavato dalla vendita del bene stesso.

Vale la pena citare la massima della sentenza in commento: "La natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi comporta che l'espropriazione, per crediti personali di uno solo dei coniugi, di un bene (o di più beni) in comunione abbia ad oggetto il bene nella sua interezza e non per la metà, con scioglimento della comunione legale limitatamente al bene staggito all'atto della sua vendita od assegnazione e diritto del coniuge non debitore alla metà della somma lorda ricavata dalla vendita del bene stesso o del valore di questo, in caso di assegnazione (principio affermato ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ.)".

Le ricadute derivanti dall'applicazione di tale principio sulle

esecuzioni già in corso al momento di pubblicazione della predetta sentenza sono state diverse ed hanno avuto connotati problematici, aggravati dalla pleora di differenti soluzioni adottate - ed in concreto adottabili - dai giudici di merito italiani.

Si trattava, infatti, di esecuzioni che, in linea al precedente orientamento giurisprudenziale, erano state promosse solo nei confronti della metà del bene in comunione legale, quindi solo sulla "quota" astrattamente riferibile al coniuge debitore.

È interessante esaminare come i giudici di merito abbiano interpretato ed applicato il nuovo principio dal 2013 ad oggi, nonché tentare di capire quale sia l'orientamento ad oggi dominante. La questione, del resto, non può dirsi del tutto esaurita, essendo tuttora pendenti procedimenti esecutivi iniziati prima del 2013.

III. Le interpretazioni e le soluzioni adottate dai Tribunali

Vi sono essenzialmente due diverse linee interpretative ed applicative del nuovo principio espresso dalla sentenza n. 6575 del 2013.

Da un lato alcuni tribunali hanno optato per la dichiarazione di improcedibilità e di estinzione dei procedimenti esecutivi pendenti e promossi solo sulla metà del bene in comunione legale, sostenendo come in realtà il principio dell'assenza di quote fosse già stato statuito dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 311/1988 e come, pertanto, avrebbe dovuto già essere nota ai creditori procedenti l'impossibilità di aggredire esecutivamente solo la metà del bene in comunione legale; in altre parole, avendo già la Consulta stabilito che la comunione legale fosse una comunione senza quote, i creditori particolari non avrebbero potuto promuovere il pignoramento sulla sola "quota" di spettanza di un coniuge nemmeno prima della pronuncia del 2013, con conseguente dichiarazione di improcedibilità delle procedure aventi ad oggetto non l'intero bene ma solo la sua metà (vedasi Tribunale di Napoli, quinta sezione civile, ordinanza 11.11.2013; Tribunale di Massa Carrara, circolare 20.05.2013, dott. Giampaolo Fabbri; Tribunale di Piacenza, sentenza 12.10.2011).

Al contrario, altri Tribunali hanno optato per la sopravvivenza dei procedimenti già iniziati prima della decisione della Suprema Corte, consentendo al creditore che avesse pignorato solo la metà del bene di promuovere la rinnovazione e/o la estensione del pignoramento anche nei confronti del coniuge non debitore (Tribunale di Enna, ordinanza 4.05.2015; Tri-

nel sistema": secondo la tesi del Giudice a quo la norma indeboliva il diritto di proprietà del coniuge sul bene comune e imponeva una diversità di trattamento ingiustificata della comunione legale rispetto alla comunione ordinaria. La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione di legittimità infondata, precisando nella propria motivazione le profonde differenze tra la comunione legale e la comunione ordinaria.

bunale di Campobasso, circolare 17.05.2013, dott.ssa Elena Quaranta; Tribunale di Cassino, ordinanza 17.03.2014 Tribunale di Pordenone, circolare 30.09.2014, dott. Francesco Petrucco Toffolo; Tribunale di Crotone, circolare 8.01.2015, dott.ssa Arcangela Stefania Romanelli; Tribunale di Catania, ordinanza 20.02.2018).

Quest'ultima sembra essere stata la soluzione più seguita, chiaramente in favore delle esigenze di economia processuale. In concreto, altresì, diversi Tribunali hanno individuato i punti fermi che devono connotare la estensione o rinnovazione del pignoramento nei confronti del coniuge non debitore o, ab origine, il pignoramento dell'intero compendio. In particolare:

- il pignoramento deve essere notificato e trascritto anche nei confronti del coniuge non debitore, il quale assume la qualità di parte processuale pur non essendo personalmente obbligato nei confronti del creditore particolare dell'altro coniuge;
- la documentazione ipocatastale ex art. 567 deve essere riferita ad entrambi i coniugi;
- l'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. deve essere notificato anche ai creditori particolari del coniuge non obbligato;
- con il decreto di trasferimento dovranno essere cancellate anche le ipoteche eventualmente iscritte contro il coniuge non obbligato;
- il 50% del ricavato dalla vendita dovrà essere corrisposto al coniuge non obbligato senza portare in prededuzione le spese della procedura, che dunque graveranno integralmente sul restante 50%;
- per concorrere alla distribuzione del ricavato il coniuge non obbligato non è onerato dalla necessità di spiegare un intervento, trovando applicazione l'art. 510, ultimo comma, c.p.c.

IV. L'orientamento dominante della Suprema Corte

La Suprema Corte si è assestata sul principio espresso dalla sentenza n. 6575/2013, in quanto dello stesso segno è il tenore delle pronunce successive, non registrandosi nella giurisprudenza di legittimità alcuna pronuncia contraria.

Si cita, sul punto, la sentenza Cass. Civ., Sez. III, 31/03/2016, n. 6230, la quale, pur ribadendo il medesimo principio della sentenza del 2013 già citata, ne indica anche gli aspetti pur sempre incoerenti e problematici: "E deve confermarsi che la soluzione prescelta da Cass. n. 6575/2013 continua ad apparire, finché almeno non riterrà di intervenire il legislatore, la meno incoerente con il sistema, tutelando - mediante la notificazione al coniuge non debitore del pignoramento (ma non potendosi escludere l'efficacia di un qualsiasi atto ad esso equipollente), poiché anche lui, pur non essendovi formal-

mente assoggettato, risente direttamente degli effetti dell'espropriazione in concreto posta in essere, con diritti e doveri identici a quelli del coniuge debitore esecutato (per debito suo personale o proprio) - almeno il suo diritto a non vedere uscire dalla comunione legale (effetto inevitabile della vendita, a sua volta ineliminabile nell'attuale regime dell'articolo 600 c.p.c. per l'impossibilità di vendere una quota che non esiste, così oltretutto inserendovi un estraneo al rapporto di coniugio) un bene, senza percepire quanto meno il controvalore lordo di esso (salve le regole di attribuzione di cui agli articoli 195 c.c. e ss.), in adeguato temperamento della tutela dei creditori del coniuge debitore e della natura peculiare della sua contitolarità di diritti sui beni aggredibili"

Aldilà di questi aspetti problematici, l'assestamento della Suprema Corte sul principio espresso nel 2013 sembra essere, per il momento, consolidato, come si evince anche da una recentissima sentenza del gennaio scorso, Cass. Civ., Sez. II, n. 2047 del 24.01.2019, la quale ha ulteriormente ribadito la natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi e che l'espropriazione per crediti personali di uno solo dei coniugi di un bene (o più beni) debba avere ad oggetto detti cespiti nella loro interezza e non per la metà o per una quota.

V. Considerazioni finali

Preso atto della odierna sostanziale uniformità di orientamento da parte della Suprema Corte, nonché dell'indubbio favore dimostrato dai giudici di merito per la sopravvivenza dei procedimenti esecutivi iniziati prima del revirement della Cassazione e promossi solo sulla metà del bene in comunione legale, non si può tacere la necessità di un intervento normativo che regoli specificamente la materia.

La fattispecie, infatti, è indubbiamente caratterizzata da una forte indeterminatezza e le diverse soluzioni adottate, da ultima quella inaugurata dalla nota sentenza n. 6575 del 2013, non sembrano tutelare adeguatamente ed in pieno né le ragioni dei creditori del coniuge debitore né quelle del coniuge non debitore, il quale si trova di fatto ad essere assoggettato, sul malgrado, ad una procedura esecutiva, subendone gli oneri e gli effetti.

La fattispecie, inoltre, è esposta agli eventuali futuri mutamenti della giurisprudenza, che potrebbero ben intervenire ancora sulla delicata questione.

Sarebbe, in definitiva, auspicabile un intervento del legislatore volto a regolamentare in modo puntuale e specifico l'espropriazione del bene in comunione legale per debiti personali di un solo coniuge, fornendo ai creditori strumenti certi per l'aggressione del bene in comunione legale nonché stabilendo delle garanzie e dei meccanismi di tutela della proprietà più stringenti in favore del coniuge non debitore.

MARCHI E INTELLETTO

Brevi note sulla legittimazione attiva dei licenziatari dei diritti di proprietà intellettuale a seguito della riforma della disciplina dei marchi d'impresa, in attuazione della direttiva (UE) 2015/2436

di Adriano Sponzilli

del 7 maggio 2019

Sommario

1. La situazione antecedente alla novella
2. Il nuovo articolo 122-bis c.p.i.
3. Alcune questioni problematiche

Il nuovo art. 122-bis c.p.i. introduce per la prima volta una disciplina positiva sulla legittimazione ad agire per la tutela di un titolo di proprietà intellettuale del licenziatario, armonizzando le disposizioni del Codice di proprietà industriale italiano con le fonti U.E. in materia di tutela della proprietà intellettuale.

Con il recente D.Lgs. 20 febbraio 2019, n. 15 (in vigore dal 23 marzo 2019) è stata data attuazione alla Direttiva (UE) 2015/2436 in materia di marchi d'impresa, novellando una serie di disposizioni del Codice di proprietà industriale ("c.p.i.").

Lo scopo della Direttiva è quello di adeguare e rendere omogenee le diverse discipline nazionali in materia di marchi di impresa con quella dettata per il marchio U.E. dal relativo regolamento^[1]. Infatti, dato che la protezione del marchio d'impresa esistente nei diversi Stati membri coesiste con quella disponibile a livello dell'Unione Europea tramite il marchio U.E., di carattere unitario e valido in tutta l'Unione Europea, "la coesistenza e l'equilibrio dei sistemi dei marchi d'impresa a livello nazionale e dell'Unione costituiscono di fatto una pietra angolare dell'impostazione dell'Unione in materia di tutela della proprietà intellettuale" (così il consi-

derando 4 della Direttiva).

In sede di recepimento sono state introdotte anche alcune norme di contenuto processuale, fra queste, in particolare, si segnala l'introduzione nel c.p.i. del nuovo articolo 122-bis, con il quale si è disciplinata la legittimazione attiva del licenziatario di titoli di proprietà industriale (ed in particolare di marchi di impresa) nelle azioni di contraffazione dei medesimi.

1. La situazione antecedente alla novella

Prima dell'introduzione di questa norma, il c.p.i. non conteneva una disciplina particolare riguardo alla legittimazione del licenziatario per le azioni a tutela dei diritti di proprietà industriale e la questione era stata oggetto di lunghi dibattiti in dottrina e giurisprudenza.

Fin da tempi remoti è sempre stata assolutamente consolidata l'opinione secondo la quale il licenziatario esclusivo di un marchio, di un brevetto o di altro titolo di privativa fosse legittimato a proporre azione di contraffazione in via autonoma, in quanto portatore di un proprio interesse a poter godere pienamente, nell'ambito della licenza, della percezione dei profitti derivanti dalla sua posizione di vantaggio concor-

[1] Oggi il Regolamento (UE) 2017/1001 del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione Europea, sebbene al momento dell'adozione della direttiva, la relativa disciplina fosse contenuta nel Regolamento (CE) n. 207/2009 del 26 febbraio 2009.

renziale[2]. Più complessa, invece, si presentava la situazione rispetto alla questione della legittimazione del licenziatario non esclusivo. Per lungo tempo la dottrina si è divisa fra la posizione di chi negava a tale soggetto la facoltà di agire in proprio[3] e la contrapposta posizione di chi invece riconosceva questa possibilità[4], mentre la giurisprudenza tendeva a negare tale legittimazione, ovvero a riconoscerla solo in presenza di autorizzazioni espresse o tacite del titolare del diritto[5].

La situazione giurisprudenziale aveva conosciuto un'evoluzione negli ultimi anni, a seguito di una pronuncia della Su-

prema Corte del 2014 che aveva adottato un orientamento estensivo in tema di legittimazione nelle azioni di contraffazione. Utilizzando come canone esegetico la disposizione della Direttiva Enforcement[6] che prevede la legittimazione a richiedere le misure di tutela previste da questa direttiva dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale e di tutti gli altri soggetti autorizzati a disporre di questi diritti ed in particolare dei titolari di licenze[7], si era affermato che “la legittimazione ad agire per contraffazione di un brevetto spetta sia ai licenziatari, sia ai distributori dei prodotti brevettati, in quanto anche questi ultimi sono dotati di un proprio interes-

[2] Questo orientamento è stato espresso per la prima volta in giurisprudenza di legittimità con la remota sentenza Cass. civ. 12 febbraio 1935, n. 614, in Foro it., 1935, I, 774 ed è stato puntualmente riconfermato dalle sentenze Cass. civ. 3 giugno 1968, n. 1675, in Temi, 1969; e Cass. civ., 15 settembre 1995, n. 9771, in Foro it., 1996, I, 961. In giurisprudenza di merito si segnalano nel medesimo senso: Trib. Milano, 31 ottobre 2014, n. 44394, inedita; Trib. Napoli 19 settembre 2014, in AIDA, 2015, 1962; Trib. Milano, 28 novembre 2011, in Sez. Spec. P.I., 2012, 1, 292; Trib. Roma, 11 febbraio 2011, n. 2912, inedita; Trib. Bologna, 1° settembre 2009, in Sez. Spec. P.I., 2010, 1, 58; Trib. Milano 8 agosto 2007, in Giur. ann. dir. ind., 2007, n. 5164; Trib. Torino, 7 settembre 2004, in Sez. Spec. P.I., 2004, 2-3, 462; Trib. Milano 12 marzo 2003, in AIDA, 2004, 1005; Trib. Catania, 3 luglio 2002, in Giur. ann. dir. ind., 2003, n. 4508, pag. 382; App. Milano, 17 luglio 2001, in Giur. ann. dir. ind., 2001, n. 4357, pag. 224; Trib. Roma, 12 maggio 1995, in Giur. ann. dir. ind., 1995, n. 3315; App. Milano, 20 maggio 1994, in Giur. ann. dir. ind., 1995, n. 3234; Trib. Ancona, 5 agosto 1994, in Giur. ann. dir. ind., 1994, n. 3144; App. Milano 9 aprile 1993, in Giur. ann. dir. ind., 1993, n. 2960; Trib. Milano, 27 gennaio 1992, in Giur. ann. dir. ind., 1992, n. 2791; Trib. Milano, 15 gennaio 1990, in Giur. ann. dir. ind., 1991, n. 2616; Trib. Milano, 18 novembre 1985, in Giur. ann. dir. ind., 1985, n. 1968; App. Bologna, 20 novembre 1984, in Giur. ann. dir. ind., 1984, n. 1815; Trib. Prato, 16 marzo 1978, in Giur. ann. dir. ind., 1978, n. 1042; Trib. Roma, 28 dicembre 1972, in Giur. ann. dir. ind., 1972, n. 222; Trib. Milano, 21 febbraio 1972, in Giur. ann. dir. ind., 1972, n. 76; App. Milano, 12 ottobre 1971, in Giur. ann. dir. ind., 1972, n. 35, pag. 197; App. Genova, 12 giugno 1954, in Riv. dir. ind., 1955, 11, 139; Trib. Padova, 30 giugno 1953, in Foro pad., 1953, I, 1346. Per una ricostruzione completa si veda M.S. Spolidoro, La legittimazione attiva dei licenziatari dei diritti di proprietà intellettuale, in AIDA, 2006, I, pag. 213.

[3] In questo senso si vedano: Auteri, I contratti di licenza, in I brevetti di invenzione, parte IV, pag. 234; Ricolfi, I segni distintivi, Torino, 1999, pag. 123; Scuffi, Diritto processuale dei brevetti e dei marchi, Milano, 2001, pag. 205, in nota n. 66, secondo il quale il licenziatario non esclusivo potrebbe tutt'al più spiegare un intervento adesivo a favore del titolare.

[4] In questo senso si vedano: Greco, Lezioni di diritto industriale, Torino, 1956, pag. 239-240; Ascarelli, Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milano, 1960, pag. 658-659; Mangini, La licenza di brevetto, Padova, 1970, pag. 45-46; Musso, Azione di contraffazione e azione di concorrenza sleale: alcune questioni sulla legittimazione ad agire dei licenziatari e dei distributori, in Riv. dir. ind., 1998, II, pag. 288-290.

[5] Si vedano le pronunce Trib. Roma, 9 febbraio 2010, in Le Sez. spec. P.I., 2012, 1, 407, ove si legge: “il licenziatario non esclusivo di uso del marchio, in assenza di patto espresso con il licenziante, non ha legittimazione attiva a proporre ricorso cautelare nei confronti di terzi per l'inibitoria all'uso del segno”; e Trib. Milano, 25 marzo 2004, in Sez. Spec. P.I., 2004, 1, 139, ove si afferma: “la legittimazione attiva in ordine alla deducibilità della contraffazione di un marchio viene riconosciuta a soggetti non titolari della registrazione soltanto quando essi rivestano la qualità di licenziatari esclusivi, o, in alternativa, quando il licenziante abbia conferito al licenziatario non esclusivo il potere di intentare azioni legali per la tutela del proprio marchio”.

[6] Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, il cui articolo 4, rubricato con il titolo di “Soggetti legittimati a chiedere l'applicazione di misure, procedure e mezzi di ricorso”, prevede quanto segue: “1. Gli Stati membri riconoscono la legittimazione a chiedere l'applicazione delle misure, delle procedure e dei mezzi di ricorso di cui al presente capo:

- a) ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale, conformemente alle disposizioni della legislazione applicabile,
- b) a tutti gli altri soggetti autorizzati a disporre di questi diritti, in particolare ai titolari di licenze, se consentito dalle disposizioni della legislazione applicabile e conformemente alle medesime,
- c) agli organi di gestione dei diritti di proprietà intellettuale collettivi regolarmente riconosciuti come aventi la facoltà di rappresentare i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, se consentito dalle disposizioni della legislazione applicabile e conformemente alle medesime,
- d) agli organi di difesa professionali regolarmente riconosciuti come aventi la facoltà di rappresentare i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, se consentito dalle disposizioni della legislazione applicabile e conformemente alle medesime”.

[7] La Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, che all'art. 4 (relativo ai soggetti legittimati a chiedere l'applicazione di misure, procedure e mezzi di ricorso) prevede al paragrafo 1 che “Gli Stati membri riconoscono la legittimazione a chiedere l'applicazione delle misure, delle procedure e dei mezzi di ricorso di cui al presente capo [...] b) a tutti gli altri soggetti autorizzati a disporre di questi diritti, in particolare ai titolari di licenze, se consentito dalle disposizioni della legislazione applicabile e conformemente alle medesime”.

se economico alla tutela dei prodotti da essi distribuiti”[8]. Successivamente a questo arresto, anche la giurisprudenza di merito degli ultimi anni, sembrava aver recepito l’orientamento maggiormente permissivo espresso in sede di legittimità[9].

2. Il nuovo articolo 122-bis c.p.i.

Il nuovo articolo in commento innova la disciplina della legittimazione del licenziatario, con una disposizione che riprende in modo letterale quelle contenute nella Direttiva (UE) 2015/2436 ed in particolare i commi 3 e 4 dell’art. 25, che prevedono rispettivamente che “fatte salve le clausole del contratto di licenza, il licenziatario può avviare un’azione per contraffazione di un marchio d’impresa soltanto con

il consenso del titolare del medesimo. Il titolare di una licenza esclusiva può tuttavia avviare una siffatta azione se il titolare del marchio, previa messa in mora, non avvia lui stesso un’azione per contraffazione entro termini appropriati” e che “un licenziatario può intervenire nell’azione per contraffazione avviata dal titolare del marchio d’impresa per ottenere il risarcimento del danno da lui subito”.

Come detto, scopo primario della Direttiva era quello di armonizzare le diverse normative nazionali in materia di marchi di impresa con la disciplina dettata per il marchio dell’Unione Europea dal Regolamento (UE) 2017/1001, che infatti contiene a sua volta all’art. 25, i commi 3 e 4 che dettano norme di contenuto pressoché identico[10]. Oltre a ciò, norme di contenuto del tutto simile sono previste anche in ma-

[8] Cfr. Cass. civ., 4 luglio 2014, n. 15350, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2016, 1, 28, ove così si argomenta: “va anzitutto rammentato che la giurisprudenza di questa Corte ha già avuto modo di affermare che in tema di brevetti per invenzioni industriali, il licenziatario con esclusiva acquista un diritto di sfruttamento di contenuto identico a quello del concedente fruendo pertanto della medesima tutela processuale ed essendo quindi legittimato ad agire nell’ipotesi di contraffazione del brevetto. Tale principio costituisce applicazione del più generale principio di cui all’art. 100 c.p.c., secondo cui la legittimazione ad agire spetta a chi ha un interesse a proporre la domanda. Ciò è di tutta evidenza nel caso di specie per il titolare del brevetto o per un suo licenziatario, ma l’interesse ad agire in tale campo può spettare anche a soggetti che hanno un proprio interesse all’azione in quanto subiscono effetti negativi dall’azione di contraffazione. Del resto va rammentato che l’art. 4 della direttiva 2004/48 in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale prevede che la legittimazione ad agire in giudizio a tutela dei diritti di proprietà intellettuale spetta ai titolari dei diritti ed anche ‘a tutti gli altri soggetti autorizzati a disporre di questi diritti, in particolare ai titolari delle licenze se consentito dalle disposizioni della legislazione applicabile e conformemente alle medesime’. Dunque anche ai sensi della normativa comunitaria, non direttamente applicabile nel caso di specie, ma che costituisce comunque un canone interpretativo da tenere in conto, la legittimazione ad agire va riconosciuta in generale ai soggetti autorizzati tra cui in particolare (a non in via esclusiva) i licenziatari. Nel caso di specie, non è dubbio che i distributori in quanto necessariamente autorizzati alla distribuzione del prodotto dal titolare del marchio rientrano nella categoria dei soggetti legittimati in quanto, ai sensi dell’art. 100 c.p.c., dotati di un proprio interesse economico alla tutela dei prodotti da essi distribuiti”.

[9] Si veda la sentenza Trib. Milano 6 ottobre 2015, n. 11085, in *AIDA*, 2016, II, 146, ove si legge: “sebbene l’attrice non fosse licenziataria esclusiva - non risultando la qualità di licenziataria esclusiva dal contratto ... e, anzi, emergendo dai documenti prodotti dall’attrice medesima la prova di altre licenze non esclusive concesse dalla titolare ... deve ritenersi sussistere nel caso in esame la legittimazione ad agire tenendo in considerazione che: - la più recente giurisprudenza della Suprema Corte ha riconosciuto la legittimazione ai soggetti autorizzati a disporre dei diritti, siano essi licenziatari esclusivi o meno (...); - tale orientamento è compatibile con la richiamata normativa comunitaria, che fa coincidere i soggetti legittimati ad agire con quelli in generale autorizzati a disporre dei diritti nel caso di specie, il contratto di licenza stipulato dall’attrice non esclude la legittimazione ad agire della licenziataria, prevedendo, anzi, in capo alla società attrice poteri amplissimi”.

[10] L’art. 25 del Regolamento (UE) 2017/1001 del 14 giugno 2017 sul marchio dell’Unione Europea, rubricato con il titolo di “Licenze” prevede quanto segue: “1. Il marchio UE può essere oggetto di licenza per la totalità o parte dei prodotti o dei servizi per i quali è stato registrato, e per la totalità o parte dell’Unione. Le licenze possono essere esclusive o non esclusive.

2. Il titolare di un marchio UE può far valere i diritti conferiti dal marchio contro un licenziatario che trasgredisca una clausola del contratto di licenza in ordine

- a) alla sua durata;
- b) alla forma disciplinata dalla registrazione nella quale il marchio può essere usato;
- c) alla natura dei prodotti o servizi per i quali la licenza è rilasciata;
- d) al territorio su cui il marchio può essere apposto; o
- e) alla qualità dei prodotti fabbricati o dei servizi forniti dal licenziatario.

3. Fatte salve le clausole del contratto di licenza, il licenziatario può avviare un’azione per contraffazione di un marchio UE soltanto con il consenso del titolare del medesimo. Tuttavia il titolare di una licenza esclusiva può avviare una siffatta azione se il titolare del marchio, previa messa in mora, non avvia lui stesso un’azione per contraffazione entro termini appropriati.

4. Un licenziatario può intervenire nella procedura per contraffazione, avviata dal titolare del marchio UE, per ottenere il risarcimento del danno da lui subito.

5. Su richiesta di una delle parti, la concessione o il trasferimento di una licenza di marchio UE sono iscritti nel registro e pubblicati”.

6. L’iscrizione nel registro ai sensi del paragrafo 5 è cancellata o modificata su richiesta di una delle parti”.

teria di design comunitario dal Regolamento (CE) n. 6/2002, all'art. 32, commi 3 e 4^[11] ed in materia di nuove varietà vegetali dal Regolamento (CE) n. 2100/94, all'art. 104. La Corte di Giustizia U.E. ha recentemente affermato, con distinte pronunce in tema di marchio U.E. e di design comunitario, che la legittimazione attiva del licenziatario ad agire per contraffazione non è condizionata alla previa trascrizione del contratto di licenza nei relativi registri^[12].

La nuova disposizione dell'art. 122-bis c.p.i. è dettata esclusivamente in materia di marchio di impresa. Difatti, anche se l'articolo è collocato nel Capo III del c.p.i. (che contiene le disposizioni sulla tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale applicabili a tutti i titoli di privativa disciplinati dal codice), esso è espressamente riferito alle sole azioni di contraffazione di marchio d'impresa (né poteva essere diversamente, posto che la direttiva recepita riguardava esclusivamente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa e posto che l'art. 3 della Legge 25 ottobre 2017, n. 163, nel determinare i criteri di delega non autorizzava ad una armonizzazione degli istituti dettati in materia di altre privative). Deve però essere anche considerato che tale articolo rappresenta ad oggi l'unica norma positiva in materia di legittimazione attiva del licenziatario di un diritto di privativa industriale ed è quindi possibile che la giurisprudenza possa ritenere di farne applicazione analogica anche in casi di contenziosi riguardanti brevetti per invenzione o altri titoli di proprietà industriale.

Il nuovo articolo introdotto dalla novella delinea un sistema

nel quale la legittimazione ad agire in contraffazione compete anzitutto ed in ogni caso al titolare del diritto di privativa che si assume violato. La legittimazione del licenziatario si presenta come eventuale, essendo sostanzialmente rimessa alla libertà negoziale delle parti del contratto di licenza. Il titolare ed il licenziatario possono pattuire in sede di stipula che al licenziatario compete il diritto di agire contro eventuali contraffattori ovvero possono escluderlo; oppure, nel silenzio del contratto il titolare può autorizzare in un secondo momento il licenziatario ad agire in giudizio.

Tuttavia, anche in assenza di pattuizioni contrattuali che glielo consentano o di una autorizzazione del titolare, il licenziatario potrà agire qualora il titolare non avvii esso stesso un'azione entro un termine appropriato, pur essendo stato messo in mora dal licenziatario che gli abbia riportato dell'esistenza di una contraffazione, invitandolo ad attivarsi.

La nuova disposizione attua un bilanciamento fra il diritto del titolare a decidere (anche successivamente alla conclusione del contratto di licenza) se provvedere direttamente alla difesa giudiziaria dei propri titoli di privativa (gestendo così in modo accentrato la strategia di tutela del proprio titolo), ovvero se evitare di farsi carico dei relativi oneri, rimettendo la difesa del titolo al licenziatario. Al tempo stesso, però, non lascia il licenziatario esposto alla eventuale inerzia del titolare, consentendogli di agire in proprio qualora il titolare non rilasci spontaneamente una autorizzazione ad agire ed allo stesso tempo non vi provveda direttamente (nonostante messa in mora).

^[11] L'art. 32 del Regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari, rubricato con il titolo di "Licenze" prevede quanto segue:

1. Un disegno o modello comunitario può essere concesso in licenza per l'intera Comunità o solo per parte di essa. La licenza può essere esclusiva o non esclusiva.
2. Fatte salve eventuali azioni fondate sul diritto del contratto, il titolare può opporre i diritti conferiti dal disegno o modello comunitario ad un licenziatario il quale contravenga a qualsiasi disposizione del contratto di licenza per quanto attiene alla durata del contratto stesso, alla forma in cui può venir impiegato il disegno o modello, alla gamma dei prodotti per cui è concessa la licenza ed alla qualità dei prodotti fabbricati dal licenziatario.
3. Con riserva di quanto disposto dal contratto di licenza, il licenziatario può proporre un'azione per contraffazione del disegno o modello comunitario soltanto con il consenso del titolare. Scaduto inutilmente un congruo termine impartito al titolare del disegno o modello per proporre l'azione, questa può esser tuttavia proposta dal titolare di una licenza esclusiva.
4. Per ottenere il risarcimento del danno da lui subito il licenziatario è legittimato ad intervenire nell'azione per contraffazione promossa dal titolare del disegno o modello comunitario.
5. Se il disegno o modello comunitario è registrato la concessione in licenza dei relativi diritti o la cessione di questa licenza vengono, su istanza di una delle parti, iscritte nel registro e pubblicate".

^[12] La sentenza Corte di Giustizia U.E. 4 febbraio 2016, nella causa C-163/15, nel procedimento Youssef Hassan vs. Breiding Vertriebsgesellschaft mbH, ha affermato che "il licenziatario può agire per contraffazione del marchio comunitario oggetto della licenza anche qualora quest'ultima non sia stata iscritta nel registro dei marchi comunitari"; successivamente la sentenza Corte di Giustizia U.E. 22 giugno 2016, nella causa C-419/15, nel procedimento Thomas Philipps GmbH & Co. KG vs. Grüne Welle Vertriebs GmbH, ha affermato che "il licenziatario può agire per contraffazione del disegno o del modello comunitario registrato oggetto della licenza anche qualora quest'ultima non sia stata iscritta nel registro dei disegni o dei modelli comunitari" e che "il licenziatario può, nell'ambito di un procedimento per contraffazione di un disegno o di un modello comunitario da lui promosso conformemente a tale disposizione, richiedere il risarcimento di un danno da lui subito".

In ogni caso, al licenziatario è riconosciuta la possibilità di spiegare intervento nell'azione per contraffazione avviata dal titolare per ottenere il risarcimento del danno da lui subito.

3. Alcune questioni problematiche

La nuova disciplina nulla prevede circa la forma che dovrà assumere l'autorizzazione rilasciata dal titolare al licenziatario perché questi possa agire. Può però ritenersi che questa possa essere rilasciata in qualsiasi forma e che non debba trattarsi necessariamente di autorizzazione espressa, ma possa anche essere sufficiente un'autorizzazione implicita ravvisabile nei comportamenti delle parti. Allo stesso modo, può ritenersi che anche una autorizzazione successiva, rilasciata nel corso del giudizio, possa sanare un'azione originariamente priva di autorizzazione del titolare.

La natura della legittimazione del licenziatario prevista dalla norma in commento è peculiare, posto che questi agisce nell'interesse proprio, facendo valere proprie autonome pretese risarcitorie (ed eventualmente un proprio interesse ad una tutela di tipo inibitorio), ma al tempo stesso la sua legittimazione è subordinata ad autorizzazione. Sembra di potersi escludere che il licenziatario rivesta nel giudizio la posizione di sostituto processuale del titolare, in virtù del fatto che l'azione è svolta nell'interesse proprio. La sua legittimazione processuale è quindi piena, anche se sottoposta a condizione. Tale dato trova conferma nella disposizione che consente al licenziatario di agire direttamente in proprio qualora il titolare, previa messa in mora, non avvii esso stesso un'azione entro un termine appropriato. Alla luce della presenza di questa norma, può anche ritenersi che qualora il titolare dei diritti abbia autorizzato il licenziatario ad agire, l'autorizzazione non possa poi essere soggetta a revoca nel corso del giudizio. La carenza sia di autorizzazione del titolare, sia di una sua inerzia nonostante preventiva messa in mora, rende l'eventuale azione del licenziatario inammissibile per carenza di legittimazione ad agire. Ci si può chiedere se la norma che rende necessaria tale condizione processuale sia applicabile tanto alle azioni di merito quanto alle azioni cautelari, oppure se sia destinata ad operare solo in sede di merito, dovendosi riconoscere che in sede cautelare l'esigenza di urgenza e la natura sommaria del procedimento legittimino il licenziatario a richiedere l'adozione di misure cautelari senza dover preventivamente essere autorizzato dal titolare. Una simile soluzione interpretativa potrebbe forse trovare conferma nel fatto che il meccanismo di legittimazione che passa dalla mes-

sa in mora del titolare si presenta come naturalmente lento e quindi tale da comportare dei tempi di formazione della condizione di legittimazione non compatibili con la celerità che tipicamente è alla base di esigenze cautelari.

Quanto alla norma che prevede la possibilità di intervento del licenziatario nell'azione per contraffazione avviata dal titolare del marchio per ottenere il risarcimento del danno da lui subito, occorre anzitutto precisare che tale intervento può indubbiamente qualificarsi come intervento adesivo autonomo (o intervento litisconsortile facoltativo) e non invece come intervento adesivo dipendente, posto che il licenziatario-intervenuto assumerà una posizione coincidente con quella del titolare-attore (chiedendo l'accertamento della contraffazione e la conseguente condanna al risarcimento del danno) ma domandando il riconoscimento a suo favore di parte del risarcimento complessivo^[13].

La possibile presenza nel giudizio sia del titolare sia del licenziatario solleva una problematica relativa alla ripartizione del monte risarcitorio fra di essi. È pacifico che il danno causato dalla violazione può prodursi sia in capo al titolare del diritto sia in capo al licenziatario (o ai molteplici licenziatari) ed è altrettanto evidente che ciascuno di essi potrà richiedere solamente la parte del danno totale che gli compete, in applicazione degli ordinari criteri di sussistenza del nesso causale. Nell'ipotesi in cui in giudizio vi siano il titolare del diritto ed il suo licenziatario esclusivo e nella determinazione del risarcimento si segua il paradigma del primo comma dell'art. 125 c.p.i., avendo a riferimento i mancati guadagni dovuti all'attività contraffattoria, al primo competerà un danno essenzialmente corrispondente alle royalty perse a causa della violazione (che gli sarebbero state riconosciute dal licenziatario in assenza della perturbazione di mercato) e al secondo i mancati utili dovuti alle minori vendite (chiaramente al netto delle royalty dovute al titolare). La situazione è suscettibile però di presentarsi in termini più complessi, nell'ipotesi in cui vi sia una pluralità di licenziatari oppure vi sia uno sfruttamento concorrente del diritto concesso in licenza sia da parte del titolare e da parte del licenziatario, come pure nell'ipotesi in cui il paradigma risarcitorio adottato sia quello della cosiddetta equa royalty, di cui all'art. 125, comma 2, c.p.i. o qualora si faccia riferimento al criterio della retroversione degli utili di cui all'art. 125, comma 3, c.p.i. Nel caso in cui il giudizio sia proposto dal solo titolare del diritto oppure nell'opposto caso in cui il giudizio sia proposto dal solo licenziatario (dietro autorizzazione del titolare

[13] Circa la qualificazione quale intervento autonomo riconducibile alla disposizione normativa dell'art. 111, comma 3, c.p.c. dell'intervento del soggetto che faccia valere un autonomo interesse a partecipare al giudizio, si veda (fra le altre) la sentenza Cass. civ. 1° novembre 2006, n. 18937.

del diritto ovvero nel caso in cui il titolare del marchio, previa messa in mora, non abbia avviato un'azione per contraffazione entro termini appropriati) deve in linea di massima ritenersi che il soggetto che propone l'azione possa richiedere solamente i danni di sua competenza, mentre le poste risarcitorie spettanti all'altro soggetto potranno eventualmente essere da questi richieste in un separato e successivo giudizio. È però auspicabile che questa norma sia interpretata nel

senso di richiedere che il titolare che proponga una azione nei confronti di un contraffattore sia obbligato ad informare il proprio licenziatario di tale azione, così da porlo in condizione di intervenire in tale giudizio qualora lo ritenga opportuno, secondo i canoni generali di buona fede nella esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c. ed in modo da contenere la proliferazione di giudizi diversi per accertare una medesima contraffazione.

SENTENZA TELEMATICA CONFORME

Sentenza notificata a mezzo PEC e depositata senza attestazione di conformità

di Alessio Antonelli

dell'8 maggio 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Inquadramento di carattere normativo
3. L'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza 22 dicembre 2017, n. 30765 e con successive decisioni
4. L'ordinanza interlocutoria n. 28844 del 9 novembre 2018 della Terza sottosezione della Sesta Sezione della Cassazione Civile
5. La pronuncia a Sezioni Unite n. 8312 del 25 marzo 2019

1 Introduzione

Da un paio di anni a questa parte si sta assistendo ad un acceso dibattito in seno alla giurisprudenza di legittimità in ordine alle conseguenze derivanti dal deposito, unitamente al ricorso per cassazione, di copia analogica della sentenza impugnata con la relazione di notificazione, effettuata a mezzo PEC, non corredata dalla attestazione di conformità ai sensi dell'art. 9, commi 1-bis^[1] e 1-ter^[2], della Legge 21 gennaio 1994, n. 53.

Si è in particolare riscontrato, sin dalla pubblicazione dell'ordinanza 22 dicembre 2017, n. 30765 ^[3], resa dalla Sesta Sezione Civile della Corte di Cassazione, il consolidamento di un orientamento tendente a dichiarare improcebili / inammissibili i ricorsi depositati presso la cancelleria della Suprema Corte di Cassazione, accompagnati da copia analogica della sentenza impugnata con la relazione di notificazione, effettuata a mezzo PEC, sprovvista tuttavia dell'attesta-

zione di conformità “del messaggio di posta elettronica certificata ricevuto, nonché della relazione di notifica e del provvedimento impugnato, allegati al messaggio”.

Ciò, almeno, fino a quanto la Terza sottosezione della Sesta Sezione della Cassazione Civile, con l'ordinanza interlocutoria n. 28844 del 9 novembre 2018, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite, al fine di stabilire se, tra l'altro, in assenza dell'attestazione di conformità della copia autentica della sentenza impugnata, il mancato disconoscimento della conformità da parte del controricorrente determinasse o meno l'improcedibilità del ricorso.

Finalmente, con sentenza n. 8312 del 25 marzo 2019, le Sezioni Unite hanno sciolto ogni riserva in ordine alle conseguenze derivanti dall'assenza di attestazione di conformità della copia autentica della sentenza impugnata, come di seguito verrà analiticamente illustrato.

^[1] Ai sensi del comma 1-bis dell'art. 9 Legge 21 gennaio 1994, n. 53: “Qualora non si possa procedere al deposito con modalità telematiche dell'atto notificato a norma dell'articolo 3-bis, l'avvocato estrae copia su supporto analogico del messaggio di posta elettronica certificata, dei suoi allegati e della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna e ne attesta la conformità ai documenti informatici da cui sono tratte ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”.

^[2] Il comma 1-ter dell'art. 9 Legge 21 gennaio 1994, n. 53 stabilisce che: “In tutti i casi in cui l'avvocato debba fornire prova della notificazione e non sia possibile fornirla con modalità telematiche, procede ai sensi del comma 1-bis”.

^[3] La citata sentenza enuncia il seguente principio di diritto “Ai fini del rispetto di quanto imposto, a pena d'improcedibilità, dall'art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c., il difensore che propone ricorso per cassazione contro un provvedimento che gli è stato notificato con modalità telematiche, deve depositare nella cancelleria della Corte di cassazione copia analogica, con attestazione di conformità ai sensi dei commi 1-bis e 1-ter dell'art. 9 della l. 53/1994, del messaggio di posta elettronica certificata ricevuto, nonché della relazione di notifica e del provvedimento impugnato, allegati al messaggio. Non è necessario anche il deposito di copia autentica del provvedimento impugnato estratta direttamente dal fascicolo informatico”.

2. Inquadramento di carattere normativo

Dispone l'art. 369 c.p.c. che "Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della Corte, a pena di improcedibilità, nel termine di giorni venti dall'ultima notificazione alle parti contro le quali è proposto. Insieme col ricorso debbono essere depositati, sempre a pena di improcedibilità:

- 1) il decreto di concessione del gratuito patrocinio;
- 2) copia autentica della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notificazione, se questa è avvenuta, tranne che nei casi di cui ai due articoli precedenti; oppure copia autentica dei provvedimenti dai quali risulta il conflitto nei casi di cui ai nn. 1 e 2 dell'articolo 362;
- 3) la procura speciale, se questa è conferita con atto separato;
- 4) gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda".

Enunciato il principio espresso dalla richiamata norma di legge, occorre esaminare i problemi specifici posti dall'applicazione della medesima quando nel processo di merito la notifica della sentenza di appello sia avvenuta con modalità telematiche.

Il processo telematico, come noto, non è stato ancora esteso dal Legislatore al giudizio di cassazione che è, tuttora, un processo analogico (con la sola eccezione delle comunicazioni e notificazioni da parte delle cancellerie delle Sezioni Civili, secondo quanto previsto dal D.M. Giustizia 19 gennaio 2016, emesso ai sensi dell'art. 16, comma 10, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179^[4], convertito con Legge 17 dicembre 2012, n. 221).

Ciò comporta la necessità di estrarre copie analogiche (rectius, cartacee) degli atti digitali.

Quanto agli atti del Giudice, degli ausiliari o delle parti presenti nei fascicoli informatici o trasmessi in allegato alle comunicazioni telematiche dei procedimenti civili dinanzi ai

Tribunali ed alle Corti d'Appello, il comma 9-bis dell'art. 16-bis del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con Legge 17 dicembre 2012, n. 221 prevede che il difensore può estrarre con modalità telematiche duplicati, copie analogiche o informatiche ed attestare la conformità delle copie estratte ai corrispondenti atti contenuti nel fascicolo informatico. La norma precisa che tali copie analogiche o informatiche equivalgono all'originale ^[5].

Se, pertanto, il provvedimento della Corte d'Appello impugnato per cassazione è inserito nel fascicolo informatico, il difensore può estrarne una copia analogica, attestarne la conformità e depositarla nella cancelleria della Corte di Cassazione.

Passando, ora, all'esame della questione inerente alla notifica del provvedimento impugnato, il potere di attestarne la conformità deriva da una duplice integrazione della legge che regola la materia delle notificazioni degli atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati, ovverosia la già citata Legge 21 gennaio 1994, n. 53.

La prima integrazione a tale legge è stata effettuata nel 2012 dall'art. 16-quater, comma 1, lett. i), D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella Legge 17 dicembre 2012, n. 221, come inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2), Legge 24 dicembre 2012, n. 228, ed è consistita nell'aggiunta del comma 1-bis all'art. 9 della Legge 21 gennaio 1994, n. 53.

La seconda integrazione è stata operata nel 2014 dall'art. 46, comma 1, lett. c-bis, inserito in sede di conversione del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 nella Legge 11 agosto 2014, n. 114, e ha avuto ad oggetto l'aggiunta del comma 1-ter all'art. 9 della Legge 21 gennaio 1994, n. 53.

Il comma 1-bis riguarda proprio le situazioni in cui, come nel giudizio di cassazione, non sia possibile procedere al deposito con modalità telematiche.

[4] Prevede il citato art. 16, comma 10, che "Con uno o più decreti aventi natura non regolamentare, sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense e i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, il Ministro della giustizia, previa verifica, accerta la funzionalità dei servizi di comunicazione, individuando:

- a) gli uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti di appello nei quali trovano applicazione le disposizioni del presente articolo;
- b) gli uffici giudiziari in cui le stesse disposizioni operano per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale".

[5] Ai sensi del predetto comma 9-bis dell'art. 16-bis D.L. 18 ottobre 2012, n. 179: "Le copie informatiche, anche per immagine, di atti processuali di parte e degli ausiliari del giudice nonché dei provvedimenti di quest'ultimo, presenti nei fascicoli informatici o trasmessi in allegato alle comunicazioni telematiche dei procedimenti indicati nel presente articolo, equivalgono all'originale anche se prive della firma digitale del cancelliere di attestazione di conformità all'originale. Il difensore, il dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio personalmente, il consulente tecnico, il professionista delegato, il curatore ed il commissario giudiziale possono estrarre con modalità telematiche duplicati, copie analogiche o informatiche degli atti e dei provvedimenti di cui al periodo precedente ed attestare la conformità delle copie estratte ai corrispondenti atti contenuti nel fascicolo informatico. Le copie analogiche ed informatiche, anche per immagine, estratte dal fascicolo informatico e munite dell'attestazione di conformità a norma del presente comma, equivalgono all'originale. Il duplicato informatico di un documento informatico deve essere prodotto mediante processi e strumenti che assicurino che il documento informatico ottenuto sullo stesso sistema di memorizzazione o su un sistema diverso contenga la stessa sequenza di bit del documento informatico di origine. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano agli atti processuali che contengono provvedimenti giudiziari che autorizzano il prelievo di somme di denaro vincolate all'ordine del giudice".

All'avvocato, in questi casi, è demandato il compimento di una duplice operazione, e segnatamente: (i) estrarre copia su supporto analogico del messaggio di posta elettronica certificata e dei suoi allegati (provvedimento impugnato e relazione di notificazione), nonché della ricevuta di accettazione e della ricevuta di avvenuta consegna e (ii) attestare la conformità delle copie analogiche ai documenti informatici da cui sono tratte.

Il menzionato comma 1-bis richiama l'art. 23, comma 1, D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82^[6] (Codice dell'Amministrazione Digitale, di seguito anche solo "CAD"), che disciplina il valore probatorio delle copie attestate come conformi da un pubblico ufficiale.

La previsione del CAD, che riguarda tutte le Amministrazioni, richiede quindi l'attestazione di conformità di un Pubblico Ufficiale.

Per consentire agli avvocati di fare le relative attestazioni è stata modificata (sempre ad opera del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 e successive integrazioni) un'altra disposizione della Legge 21 gennaio 1994, n. 53, vale a dire l'art. 6, che nel nuovo testo dispone: "L'avvocato che compila la relazione o le attestazioni di cui agli artt. 3, 3-bis e 9 o le annotazioni di cui all'art. 5, è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto".

Sulla base della sin qui richiamata normativa, quindi, l'avvocato, in qualità di Pubblico ufficiale, ha il potere di attestare la conformità agli originali digitali delle copie del messaggio di posta elettronica certificata inviato all'avvocato di controparte, delle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna, nonché degli atti allegati, compresi dalla relazione di notificazione.

Al fine di ovviare al fatto che il comma 1-bis dell'art. 9 disciplina la posizione del solo notificante, nel 2014 è stato inserito al medesimo art. 9 della Legge 21 gennaio 1994, n. 53 il comma 1-ter, ai sensi del quale, come visto: "In tutti i casi in cui l'avvocato debba fornire prova della notificazione e non sia possibile fornirla con modalità telematiche, procede ai sensi del comma 1-bis".

L'avvocato che propone un ricorso per cassazione, anche quando il provvedimento impugnato gli è stato notificato con modalità telematiche, ha pertanto tutti gli strumenti per procedere agli adempimenti richiesti dall'art. 369 c.p.c.

3. L'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza 22 dicembre 2017, n. 30765 e con successive decisioni

Con ordinanza 22 dicembre 2017, n. 30765, gli Ermellini, oltre ad enunciare il già illustrato principio di diritto, hanno altresì rilevato che "Qualora, trascorsi venti giorni dalla notificazione del ricorso per cassazione non siano state depositate le copie analogiche dei suddetti documenti digitali, corredate dalla attestazione di conformità, nel senso sopra indicato, e qualora le stesse, con attestazione di conformità, non siano state depositate dal controricorrente o non siano comunque agli atti, il ricorso è improcedibile.

L'improcedibilità non può essere sanata da una produzione successiva alla scadenza del termine di venti giorni dalla notifica, per le ragioni spiegate dalle sezioni unite nel 2009 e nel 2017. Né rileva la mancata contestazione della controparte. La materia non è nella disponibilità delle parti e l'omissione del deposito deve essere rilevata d'ufficio, come costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte prima richiamata.

Il problema del rilievo della non contestazione si era posto negli stessi termini in situazioni in cui, essendo stata depositata una mera fotocopia o una velina di un atto, al fine di evitare l'improcedibilità del ricorso per cassazione, era stata invocata l'applicazione dell'art. 2719 c.c. per il quale 'le copie fotografiche di scritture hanno la stessa efficacia delle autentiche, se la loro conformità ... non è espressamente disconosciuta'. In queste situazioni si è costantemente affermato (Cass. 1° dicembre 2005, n. 26222; 18 settembre 2012, n. 15624; 8 ottobre 2013, n. 22914; 26 maggio 2015, n. 10784) che tale regola si applica quando si tratta di attribuire ad un documento efficacia probatoria, da valere tra le parti, mentre non vale quando si devono operare verifiche, quali la tempestività di un atto di impugnazione rispetto ad un termine perentorio e quindi correlativamente la formazione del giudicato, che hanno implicazioni pubblicistiche e non sono nella disponibilità delle parti. Ciò spiega anche perché il comma 2 dell'art. 23 del C.A.D., non è richiamato dai commi 1-bis e 1-ter dell'art. 9 l. 53/1994". Al fine di corroborare la soluzione adottata, la Suprema Corte ha invocato precedenti conformi sul tema ^[7], rilevando l'assenza di pronunce difformi al riguardo.

Tra i precedenti citati dagli Ermellini, di particolare interes-

^[6] L'art. 23 CAD sancisce che: "Le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

^[7] Ordinanza n. 6657/2017 (Sezione 6-2), Sentenza n. 17450/2017 (Sezione 3), Sentenza n. 23668/2017 (Sezione 3), Ordinanza n. 24292/2017 (Sezione 3), Sentenza n. 24347/2017 (Sezione 2), Decisione n. 24422/2017 (Sezione 6-2), Pronuncia n. 25429/2017 (Sezione 3), Sentenza n. 26520/2017 (Sezione 3), Pronuncia n. 26606/2017 (Sezione 6-3), Decisione n. 26612/2017 (Sezione 6-3), Pronuncia n. 26613/2017 (Sezione 6-3), Ordinanza n. 28473/2017 (Sezione 6-3).

se appare la sentenza resa dalla Terza Sezione Civile in data 9 novembre 2017 n. 26520, con cui non solo viene dichiarato improcedibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 369 c.p.c., comma 2, n. 2, non risultando agli atti del giudizio il deposito della copia autentica della decisione impugnata con la relazione di notificazione ma viene dettata, per il difensore destinatario della notifica PEC, una "nuova" modalità per attestare la conformità della sentenza e della relata, non codificata in alcuna disposizione normativa; in sostanza, al fine di ottemperare a quanto previsto dall'art. 369 c.p.c. il difensore "dovrebbe" stampare:

- dal fascicolo informatico la sentenza, attestando la conformità della stampa cartacea a quanto presente nel fascicolo informatico ai sensi dell'art. 16 bis comma 9 bis D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 e,
- dalla PEC di notifica, il messaggio PEC ricevuto e la relata di notifica, attestando la conformità di ambedue ai sensi dell'art. 9, comma 1-ter, della Legge 21 gennaio 1994, n. 53.

Nel contesto così delineato si sono inserite ulteriori decisioni dei Giudici di legittimità, le quali hanno confermato, seppur con alcune precisazioni, tale orientamento.

Nel ribadire, infatti, la necessità di provvedere al deposito, unitamente al ricorso per cassazione, dell'attestazione di conformità della copia analogica della sentenza predisposta di appello predisposta in formato digitale e notificata via PEC, la Suprema Corte ha evidenziato come tale attestazione possa essere effettuata, ai sensi dell'art. 9, commi 1 bis e 1 ter, Legge 21 gennaio 1994, n. 53, dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono sino a quando il cliente non conferisca il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore [8].

Ciò nonostante, nel caso specifico sottoposto al vaglio della Cassazione, il ricorso è stato dichiarato inammissibile in quanto, sebbene il difensore del ricorrente avesse assolto e rispettato il primo dei requisiti richiesti dall'art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c., ovverosia quello della conformità della sentenza, questi aveva prodotto una mera copia semplice della relata di notificazione, priva dell'attestazione di conformi-

tà, in violazione di quanto previsto dall'art. 9, commi 1 bis e 1 ter, Legge 21 gennaio 1994, n. 53, con conseguente difetto di prova in ordine alla data di decorrenza del termine di cui all'art. 325 c.p.c. e declaratoria di inammissibilità del ricorso in quanto tardivo.

Ancor più recentemente gli Ermellini sono tornati sul tema, stabilendo che "Ritiene il Collegio che il ricorso sia improcedibile per la violazione dell'art. 369 c.p.c., comma 2, n. 2, in quanto, pur avendo la stessa parte ricorrente attestato che il provvedimento impugnato gli è stata notificato a mezzo PEC in data 07/02/2018 (cfr. Nota di deposito ed iscrizione a ruolo del ricorso del 27/4/2018), non risulta però depositata copia autentica con la relazione di notificazione, avendo la parte solo depositato copia del provvedimento gravato ma senza attestazione di conformità ai sensi del D.L. n. 179 del 2012, art. 16 bis, comma 9 bis, in ordine alla notifica della sentenza stessa. A tal fine va richiamato l'orientamento di questa Corte per il quale, in tema di ricorso per cassazione, qualora la notificazione della sentenza impugnata sia stata eseguita con modalità telematiche, per soddisfare l'onere di deposito della copia autentica della relazione di notificazione, il difensore del ricorrente, destinatario della suddetta notifica, deve estrarre copie cartacee del messaggio di posta elettronica certificata pervenutogli e della relazione di notificazione redatta dal mittente della L. n. 53 del 1994, ex art. 3-bis, comma 5, attestare con propria sottoscrizione autografa la conformità agli originali digitali delle copie analogiche formate e depositare nei termini queste ultime presso la cancelleria della Corte (Cass. Civ. n. 24442/2017; Cass. Civ. n. 17450/2017; Cass. Civ. n. 6657/2017)"[9].

Ed ancora: "Il ricorso è stato notificato alla controparte a mezzo PEC ma le stampe delle copie della notificazione telematica risultano sprovviste della necessaria attestazione di conformità. Questa Corte, nella particolare composizione prevista dal paragrafo 4.2. delle tabelle dell'ufficio (c.d. sezioni unite di sesta sezione), intervenendo sulla problematica della prova della notificazione telematica del ricorso, ha recentemente affermato, peraltro confermando l'univoco orientamento emerso nei precedenti arresti sul punto, che il deposito in cancelleria di copia analogica del ricorso per

[8] Così Cass. Civ., Sezione 6-3, ordinanza 8 maggio 2018 n. 10941: "In tema di ricorso per cassazione, ai fini dell'osservanza di quanto imposto, a pena di improcedibilità, dall'art. 369 c.p.c., comma 2, n. 2, nel caso in cui la sentenza impugnata sia stata redatta in formato digitale, l'attestazione di conformità della copia analogica predisposta per la Corte di cassazione (fintanto che innanzi alla stessa non sia attivato il processo civile telematico) può essere redatta, ai sensi della L. n. 53 del 1994, art. 9, commi 1 bis e 1 ter, dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono, anche nel caso in cui allo stesso fosse stata conferita una procura speciale per quel singolo grado, sino a quando il cliente non conferisca il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore".

[9] Così Cass. Civ., Sezione 2, sentenza 21 marzo 2019, n. 8064.

cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo posta elettronica certificata, con attestazione di conformità priva di sottoscrizione autografa del difensore L. n. 53 del 1994, ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter, ne comporta l'improcedibilità rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 369 c.p.c., a nulla rilevando la mancata contestazione della controparte ovvero il deposito di copia del ricorso ritualmente autenticata oltre il termine perentorio di venti giorni dall'ultima notifica, non essendo ammissibile il recupero di una condizione di procedibilità mancante al momento della scadenza del termine per il deposito del ricorso (Sez. 6, Ordinanza n. 30918 del 22/12/2017, Rv. 647031)"[10].

Sulla scorta di detti arresti, considerevole è stato il numero di ricorsi dichiarati improcedibili / inammissibili sulla base dei richiamati principi espressi dalla Suprema Corte di Cassazione.

4. L'ordinanza interlocutoria n. 28844 del 9 novembre 2018 della Terza sottosezione della Sesta Sezione della Cassazione Civile

Nella situazione sin qui delineata si inserisce la rilevante ordinanza n. 28844 del 9 novembre 2018 resa dalla Terza sottosezione della Sesta Sezione della Cassazione Civile.

Con tale ordinanza è stata chiesta alle Sezioni Unite la risoluzione dei seguenti tre quesiti: 1) "se in mancanza del deposito della copia autentica della sentenza, da parte del ricorrente o dello stesso controricorrente, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il deposito in cancelleria nel suddetto termine di copia analogica della sentenza notificata telematicamente, senza attestazione di conformità del difensore L. n. 53 del 1994, ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, comporti l'improcedibilità del ricorso anche se il controricorrente non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificato o intervenga l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio"; 2) "se il deposito in cancelleria nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso di copia analogica della relazione di notifica telematica della sentenza, senza attestazione di conformità del difensore L. n. 53 del 1994, ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, comporti l'improcedibilità del ricorso anche se il controricorrente non abbia disconosciuto la conformità della copia informale della relazione di notificazione o intervenga l'asseverazione di conformità all'originale del-

la copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio"; 3) "se ai fini dell'assolvimento dell'onere di deposito della copia autentica della decisione notificata telematicamente nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, sia sufficiente per il difensore del ricorrente, destinatario della suddetta notifica, estrarre copia cartacea del messaggio di posta elettronica certificata pervenutogli e dei suoi allegati (relazione di notifica e provvedimento impugnato), ed attestare con propria sottoscrizione autografa la conformità agli originali digitali della copia formata su supporto analogico, o sia necessario provvedere anche al deposito di copia autenticata della sentenza estratta direttamente dal fascicolo informatico".

Nella vicenda sottoposta all'analisi della Cassazione, la Corte d'Appello di Trento - Sezione distaccata di Bolzano - con sentenza del 24 giugno 2017 aveva dichiarato inammissibile l'opposizione di terzo ordinaria proposta da una società cooperativa nei confronti di una persona fisica, avverso la sentenza del medesimo Tribunale n. 952 del 2014, passata in giudicato, ma ha accolto però l'opposizione di terzo revocatoria, cui aveva fatto riferimento la cooperativa.

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione la persona fisica, cui ha resistito con controricorso la cooperativa.

La trattazione della causa è stata originariamente disposta ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c. dinanzi alla Sesta Sezione Civile, Sottosezione Terza, con proposta del relatore di definizione del procedimento con pronuncia di improcedibilità del ricorso per avere la ricorrente depositato la copia analogica della sentenza impugnata con la relazione di notificazione, effettuata a mezzo PEC, non corredata dalla attestazione di conformità ai sensi dell'art. 9, commi 1-bis e 1-ter, della Legge 21 gennaio 1994, n. 53.

Ciò in conformità con l'orientamento espresso dall'ordinanza 22 dicembre 2017, n. 30765 della Sesta Sezione - già citata - seguita da numerose successive decisioni conformi.

Alla luce del dibattito camerale che ne è scaturito si è rilevato che con la successiva sentenza delle Sezioni Unite del 24 settembre 2018, n. 22438 - attinente alla diversa fattispecie del deposito di copia analogica del ricorso per cassazione telematico notificato via PEC - è stata esclusa l'improcedibilità dell'impugnazione in caso di tempestivo deposito di copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo PEC senza attestazione di conformità del difensore oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, se il controricorrente (anche

[10] Così Cass. Civ., Sezione 6, ordinanza 20 marzo 2019, n. 7898.

tardivamente costituitosi) depositi copia analogica del ricorso ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale dell'originale notificatogli ex art. 23, comma 2, CAD.

Poiché nella fattispecie portata all'attenzione della Terza sottosezione della Sesta Sezione della Cassazione Civile il controricorrente non aveva provveduto a disconoscere la conformità della copia informale all'originale della notificazione ai sensi dell'art. 23, comma 2, CAD - prendendo proprio spunto dai summenzionati principi espressi nella sentenza delle Sezioni Unite 24 settembre 2018, n. 22438 - è stata correttamente posta la questione se il mancato disconoscimento della conformità all'originale della copia della sentenza notificata, priva di attestazione di conformità, precluda l'improcedibilità del ricorso per cassazione.

In questo contesto, dando risalto ad un aspetto invocato a gran voce dagli avvocati, gli Ermellini hanno sottolineato come l'art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c. richieda il deposito della copia autentica della sentenza, ma non anche della relazione della notificazione della sentenza stessa, "la quale sembra che possa essere depositata anche in copia informale, ma a condizione che successivamente intervengano il non disconoscimento o l'as-severazione "ora per allora", il che val quanto dire che quanto meno la copia informale debba essere depositata nel termine dei venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso".

In ragione delle suesposte considerazioni, la Terza sottosezione della Sesta Sezione della Cassazione Civile ha chiesto alle Sezioni Unite di chiarire i citati aspetti, anche approfondendo la portata interpretativa della citata sentenza 24 settembre 2018, n. 22438.

5. La pronuncia a Sezioni Unite n. 8312 del 25 marzo 2019

Investite, come visto, della questione le Sezioni Unite, quest'ultime, con sentenza del 25 marzo 2019 n. 8312 hanno fornito esaustivo riscontro ai quesiti formulati nella predetta ordinanza interlocutoria n. 28844 del 9 novembre 2018. Le Sezioni Unite hanno preso le mosse dalla propria precedente decisione n. 22438 del 24 settembre 2018, nell'ambito della quale le stesse hanno aperto ad un'interpretazione maggiormente improntata a salvaguardare il "diritto fondamentale di azione (e, quindi, anche di impugnazione) e difesa in giudizio (art. 24 Cost.), che guarda come obiettivo al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, alla cui realizzazione coopera, in quanto principio mezzo, il giusto processo dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.), in una dimensione complessiva di garanzie che rappresentano patrimonio comune di tradizioni giuridiche condivise a livello sovranazionale (art. 47 della Carta di Nizza, art. 19 del Trattato sull'Unione europea, art. 6 CEDU)".

Sinteticamente, nella pronuncia 22438 del 24 settembre 2018 i Giudici di legittimità hanno avuto modo di osservare che "ove il destinatario della notifica del ricorso rimanga solo intimato (ovvero, nell'ipotesi di più destinatari, allorché anche uno solo rimanga intimato), il ricorrente potrà depositare l'attestazione di conformità sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio, così come il medesimo ricorrente sarà tenuto a fare anche nell'ipotesi di disconoscimento della conformità da parte del controricorrente". Sulla base di questa premessa è stato ritenuto che "non dare rilievo al comportamento del controricorrente destinatario del ricorso al fine di attestare la tempestività del deposito e la conformità dell'atto all'originale avrebbe portato ad una irragionevole violazione dei suddetti principi, derivante dal modo in cui essi vanno intesi 'in ambiente di ricorso nativo digitale', nell'attuale periodo intermedio nel quale non essendo il giudizio di legittimità ancora inserito nel sistema del PCT, la Corte si trova nell'impossibilità di effettuare la verifica diretta sull'originale nativo digitale mentre tale verifica è possibile con un semplice adempimento alla parte destinataria dell'atto processuale nativo digitale, debitamente sottoscritto con firma digitale".

Si è quindi concluso che "i suindicati principi appaiono applicabili, nella presente fase caratterizzata da una applicazione solo parziale delle regole del PCT al giudizio di cassazione, anche all'ipotesi cui si riferisce la presente ordinanza di rimessione del deposito di copia della decisione impugnata notificata a mezzo PEC, non autenticata ma non disconosciuta dal controricorrente".

La Corte ha poi evidenziato che "per la verifica di conformità all'originale della decisione impugnata la rilevanza della 'non contestazione' del controricorrente è stata tradizionalmente esclusa sul principale assunto secondo cui la materia non è nella disponibilità delle parti".

Ma, sottolineano le Sezioni Unite, tali principi, formati in ambiente di ricorso analogico, non si addicono alla fattispecie sottoposta al vaglio delle stesse, posto che in modo analogo a quanto accade per il ricorso nativo digitale notificato via PEC, anche nel caso della sentenza non autenticata notificata per via telematica e poi depositata (in termini) il coinvolgimento del controricorrente - anche sotto forma di "non contestazione" - della conformità della copia notificata all'originale appare del tutto rispondente ai principi del giusto processo, poiché è proprio il controricorrente ad effettuare la notifica.

Né, aggiungono gli Ermellini, possono sorgere dubbi sulla "diretta applicabilità del potere di attestazione, ai sensi della L. n. 53 del 1994, art. 9, commi 1-bis e 1-ter, visto che tali disposizioni sono state originariamente intese come diret-

te al mittente della notificazione e la possibilità di estendere l'ambito applicativo anche al destinatario della notifica è stata affermata successivamente, valorizzando l'incipit del comma Iter dell'art. 9 cit., secondo cui il potere di attestazione sussiste 'in tutti i casi in cui l'avvocato debba fornire prova della notificazione e non sia possibile fornirla con modalità telematiche'".

Infine, dalla stessa motivazione della summenzionata sentenza n. 22438, si evince in maniera incontrovertibile come le Sezioni Unite abbiano inteso i principi ivi affermati come idonei ad avere plurime applicazioni, in quanto fino a quando il PCT non avrà completa applicazione nel giudizio di cassazione il meccanismo del mancato disconoscimento o dell'asseverazione "ora per allora" può consentire alle parti di verificare l'autenticità degli atti offrendo così collaborazione alla Corte al riguardo.

Sulla base di queste premesse, con la sentenza n. 8312 del 25 marzo 2019 le Sezioni Unite hanno (finalmente, n.d.a.) superato il principio, espresso dal precedente arresto del 22 dicembre 2017, n. 30765 della Suprema Corte, secondo cui, come già illustrato, veniva dichiarato improcedibile il ricorso in Cassazione nella ipotesi di mancato deposito in cancelleria di copia analogica, con attestazione di conformità ai sensi dell'art. 9, commi 1-bis e 1-ter, Legge 21 gennaio 1994, n. 53, del messaggio di posta elettronica certificata ricevuto, nonché della relazione di notifica e del provvedimento impugnato, allegati al messaggio, senza che per evitare tale sanzione potesse avere rilevanza il fatto di aver notificato il ricorso entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza impugnata ovvero della prova positiva di resistenza (*rectius*, raggiungimento dello scopo).

Non può, pertanto, essere considerato improcedibile il ricorso in caso di deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata sottoscritta con firma autografa ed inserita nel fascicolo informatico senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, Legge 21 gennaio 1994, n. 53, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa.

In altre parole, non sarà applicabile la sanzione dell'improcedibilità qualora l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche tardivamente costituitosi) abbia depositato copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata, ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale della medesima decisione.

Mentre se alcune o tutte le parti rimangano intime o comunque disconoscano la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata, per evitare di incorrere nella dichiarazione di im-

procedibilità, sarà onere del ricorrente depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica della decisione impugnata sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio ("ora per allora").

I medesimi principi si applicano all'ipotesi di tempestivo deposito di copia della relata della notificazione telematica della decisione impugnata (e del corrispondente messaggio PEC con annesse ricevute) senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, Legge 21 gennaio 1994, n. 53, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa.

La ratio sottesa alla descritta impostazione va ricercata nell'art. 23, comma 2, CAD, la quale contiene la disciplina della "prova": in esso si prevede, infatti, che attraverso l'idoneità del documento, si possa provare un "fatto processuale" (ossia l'avvenuta effettuazione della notifica e la sua data) il cui accertamento potrebbe condizionare la procedibilità del ricorso.

Anche l'asseverazione postuma ("ora per allora") sana il disconoscimento espresso ovvero la mancata "costituzione" del controricorrente.

Contrariamente l'esistenza del documento (ossia della sentenza) non è assimilabile ad alcun fatto da accertare: la differenza tra il fatto processuale (notifica da accertare) ed il documento (sentenza notificata) trova dunque la propria ratio nel fatto che il disconoscimento quale atto di parte è rimesso al destinatario cui viene riconosciuto il potere di disconoscere o non disconoscere la conformità all'originale; mentre la sentenza, sebbene nella disponibilità del notificante, non ha necessità di essere disconosciuta dal destinatario dell'atto. La soluzione ai quesiti posti dall'ordinanza interlocutoria n. 28844 del 9 novembre 2018 resa dalla Terza sottosezione della Sesta Sezione viene fornita mediante l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

- il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata predisposta in originale telematico e notificata a mezzo PEC priva di attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter, della Legge n. 53/1994 oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche in caso di tardiva costituzione) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente notificata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificato gli ex art. 23, comma 2, del D.Lgs. n. 82/2005. Invece, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità, il ricorrente ha l'onere di depositare l'assevera-

zione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio nell'ipotesi in cui l'unico destinatario della notificazione del ricorso rimanga soltanto intimato (oppure tali rimangono alcuni o anche uno solo tra i molteplici destinatari della notifica del ricorso), oppure comunque il/i controricorrente/i disconosca/no la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata;

- i medesimi principi si applicano all'ipotesi di tempestivo deposito della copia della relata della notificazione telematica della decisione impugnata - e del corrispondente messaggio PEC con annesse ricevute - senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter, della Legge n. 53/1994 oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa;
- il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata redatta in formato elettronico e firmata digitalmente (e necessariamente inserita nel fascicolo telematico) senza attestazione di conformità del difensore ex art. 16-bis, comma 9-bis, D.L. n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221 oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche in caso di tardiva costituzione) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale della decisione stessa. Mentre se alcune o tutte le controparti rimangono intimante o comunque depositino controricorso ma disconoscano la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata il

ricorrente, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità, ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica della decisione impugnata sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio;

- Il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata sottoscritta con firma autografa ed inserita nel fascicolo informatico senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter, della Legge n. 53/1994 oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche in caso di tardiva costituzione) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale della decisione stessa.

Mentre se alcune o tutte le controparti rimangono intimante o comunque depositino controricorso ma disconoscano la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata il controricorrente, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità, ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica della decisione impugnata sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio;

- la comunicazione a mezzo PEC a cura della cancelleria del testo integrale della decisione (e non del solo avviso del relativo deposito), consente di verificare d'ufficio la tempestività dell'impugnazione, mentre per quanto riguarda l'autenticità del provvedimento si possono applicare i suindicati principi, sempre che ci si trovi in "ambiente digitale"

L'UNIVOCITÀ DELLA PROVA NELLA QUESRELA DI FALSO

Querela di falso: la Cassazione torna sul tema della univocità della prova (Cassazione Civile, Sez. 4, ordinanza 24 gennaio 2019, n. 2126)

di Mattia Polizzi

del 9 maggio 2019

Sommario

Introduzione: il caso e la soluzione

Generalità in merito alla querela di falso. Considerazioni preliminari

Il procedimento e la natura del giudizio

La prova necessaria per l'accoglimento della querela di falso tra rigore e formalismo

Introduzione: il caso e la soluzione

L'ordinanza in nota (Cassazione Civile, Sez. 4, ordinanza 24 gennaio 2019, n. 2126) ribadisce quanto affermato da un trend pretorio oramai consolidato in merito alla esatta identificazione dell'apporto probatorio necessario per sostenere una domanda di querela di falso: la pronuncia risulta nondimeno di rilevante interesse, in quanto il principio generale ivi contenuto da un lato è foriero di importanti conseguenze tanto sul piano teorico tanto su di quello operativo e dall'altro si presenta, pur nella sua chiarezza, non privo di plurime sfaccettature.

Nel corso di un processo - dinanzi al Giudice di Pace - di opposizione a sanzione amministrativa elevata per violazione di norme del codice della strada, la ricorrente ha proposto una querela di falso al fine di contestare la fidejussione dell'avviso di ricevimento relativo alla notificazione del verbale, il quale conteneva una sottoscrizione (asseritamente) a costei non riferibile. Il Tribunale, competente ai sensi dell'art. 9 c.p.c., disponeva l'espletamento di una c.t.u. grafologica, all'esito della quale non risultava appurata l'autenticità o meno della sottoscrizione: per l'effetto, la domanda di querela di falso veniva respinta. La ricorrente proponeva allora appello, ma il gravame veniva respinto sulla base di un duplice ordine di motivazioni: la mancata rilevanza delle contestazioni mosse avverso la c.t.u. e la conferma della natura dubitativa dell'accertamento peritale effettuato in primo grado.

La soccombente ricorre per cassazione avverso l'anzidetta

pronuncia, sulla base di due motivi, che vengono trattati congiuntamente in quanto connessi. In primo viene denunciata, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e dei principi generali in materia di onere della prova, reputandosi che la Corte d'Appello - alla luce del compendio istruttorio emerso nel corso della vicenda - avrebbe dovuto ritenere assolto l'onere di cui la ricorrente era gravata ovvero che il giudice dell'appello avrebbe dovuto azionare i propri poteri istruttori d'ufficio. In secondo luogo viene prospettata la violazione e falsa applicazione (sempre in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c.) degli artt. 112, 115, 183 e 184 c.p.c., nonché il vizio di omessa motivazione in merito alla mancata rinnovazione degli accertamenti tecnici compiuti in primo grado ed in merito a fatti decisivi per il giudizio che erano stati oggetto di discussione tra le parti. Il Comune resistente non ha svolto attività difensiva in Sede di legittimità.

La Cassazione, ritenuti infondati i motivi, rigetta il ricorso. Reputano infatti gli Ermellini da un lato che non sussiste il vizio di cui al n. 5 del primo comma dell'art. 360 c.p.c. - non essendo stata omessa alcuna valutazione in merito a fatti decisivi per il giudizio - e dall'altro che la Corte d'Appello non è incorsa nelle altre denunciate violazioni legge. Ciò sia perché il giudice dell'appello aveva adeguatamente motivato in merito alla non necessità di ripetere l'accertamento tecnico sia perché la perizia di parte non conteneva alcun elemento utile per rivalutare le conclusioni raggiunte dal c.t.u.; infatti la "stessa perizia di parte non conteneva alcun rilievo cri-

tico idoneo a confutare la complessiva ed articolata valutazione tecnica operata dallo stesso c.t.u. nel corso del giudizio celebratosi dinanzi al Tribunale” (così p. 5 dell’ordinanza). Tale ultima affermazione consente alla Corte di ribadire il principio generale supra menzionato, desumibile dal disposto dell’art. 2697 c.c., in forza del quale grava sul querelante l’onere di fornire il riscontro probatorio della falsità del documento impugnato e tale prova deve risultare connotata da caratteri di univocità. Non avendo la ricorrente assolto a detto onere, il ricorso viene rigettato.

Generalità in merito alla querela di falso.

Considerazioni preliminari

Prima di esaminare nello specifico l’an ed il quantum di tale univocità, pare opportuno richiamare - pur se in via necessariamente sintetica - i principali tratti salienti dell’istituto della querela di falso, disciplinato principalmente dagli artt. 221 ss. c.p.c.[1].

Si rende necessario al riguardo una premessa. Come noto, ai sensi dell’art. 116 c.p.c. il giudice deve valutare le prove presentategli ad opera delle parti e del pubblico ministero seguendo alla luce del proprio prudente apprezzamento, “salvo che la legge disponga diversamente”. Pertanto, è possibile ravvisare nell’ordinamento diverse ipotesi eccezionali che derogano alla anzidetta regola della libera valutazione delle prove e che fondano la nozione di prova legale; quest’ultima può essere intesa come mezzo istruttorio rispetto al quale il giudice non è dotato di alcun “margine per esprimere un convincimento diverso da quello che consegue a quel risultato”[2]. È chiaro, pertanto, che la parte che possa avvalersi di una prova legale è detentrica di un indubbio vantaggio ed un altrettanto indubbio svantaggio grava sul soggetto nei confronti del quale essa è destinata a valere. A determinate condizioni ed entro ben determinati limiti assumono efficacia di prova legale due tra le più importanti prove documentali. In particolare, e come noto, ai sensi dell’art. 2700

c.c. l’atto pubblico forma piena prova “della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti”; parimenti, a norma dell’art. 2702 c.c., la scrittura privata comporta la piena prova “della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come tale”[3]. In entrambi i casi le disposizioni citate prevedono che la valenza di prova legale possa cessare nel caso di positivo esperimento di una querela di falso.

Affinché possano spiegare la propria efficacia probatoria è difatti necessario che i documenti in parola siano autentici - sotto il profilo estrinseco - e veritieri - sotto il profilo intrinseco: in altri termini, essi non devono essere falsi. La falsità del documento è stata autorevolmente definita come la “discordanza tra la realtà e ciò che appare nel documento stesso e può investire tanto il documento nella sua materialità estrinseca, quanto il pensiero espresso in esso, ossia il suo contenuto intrinseco”[4]. Nel primo caso si ha falsità materiale: tale evenienza può concretarsi in una contraffazione, qualora il documento venga materialmente formato da un soggetto diverso da suo (apparente) autore oppure sia stato posto in essere in data o luogo diverso da quello segnalato; ovvero in una alterazione, che si sostanzia in una modifica delle risultanze del documento che sia stata posta in essere in un momento successivo alla formazione. Nel secondo caso si ha invece falsità ideologica, ossia una enunciazione falsa del contenuto del documento. Peraltro tale situazione può verificarsi solo nel caso di dichiarazioni di scienza[5]; qualora si tratti di dichiarazioni di volontà, invece, potrà al più verificarsi un fenomeno di simulazione.

Per il tramite della querela di falso è possibile contestare le risultanze estrinseche dell’atto pubblico o della scrittura privata riconosciuta, autenticata o verificata[6], ossia proprio

[1] Sul quale si v., pur senza pretesa di esaustività alcuna, Costabile C., Manifesta infondatezza della querela di falso e principio della ragionevole durata del processo, in *ilProcessoCivile.it*, 25 gennaio 2017, 1 ss.; Crisci G., voce Atto pubblico (dir. civ.), in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 265 ss.; De Stefano G., voce Falso (querela di), in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, 1967, 701 ss.; Di Fazio G., Contributo allo studio della prova documentale pubblica, Giappichelli, 2018, specimen 282 ss.; Liebman E.T., Manuale di diritto processuale civile. Principi, Milano, 2012, 351 ss.; Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, 2016, 245 ss.; Rota F., Artt. 221 ss., in Carpi F., Taruffo M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, CEDAM, 2015, 934 ss.; Vanzetti M., Querela di falso e sospensione del processo, in *Riv. dir. proc.*, 2012, V, 1502 ss.

[2] Così Mandrioli C., Carratta A., op. cit., 191, i quali sottolineano che un vincolo siffatto ben si innestava nel generale clima di sfiducia verso il giudice che animava la stesura originaria del codice di rito.

[3] E, dunque, nei casi di autenticazione e di esito positivo del giudizio di verifica.

[4] Così Mandrioli C., Carratta A., op. cit., 245.

[5] O, comunque, di dichiarazioni aventi contenuto narrativo.

[6] Dubbi sono espressi in dottrina in merito alla possibilità di esperire la querela di falso avverso la scrittura privata non riconosciuta. La giurisprudenza, dal can-

quei risultati probatori ai quali la legge attribuisce i crismi della prova legale. In tal senso è possibile denunciare sia il falso materiale sia quello ideologico, purché esse attengano, come si è detto, al c.d. estrinseco del documento; il c.d. intrinseco, invece, in quanto espressione della verità di quanto dichiarato, potrà essere accertato con gli ordinari istituti probatori ammessi dal codice di rito.

Nell'ambito del giudizio civile la falsità dei documenti viene in rilievo per la sua attitudine nel determinare in capo al giudice un erroneo convincimento; la falsità può tuttavia costituire oggetto anche di un processo penale, ma in tal caso viene in rilievo il "comportamento penalmente rilevante della falsificazione (art. 476 ss. c.p.), il cui oggetto è più ampio dell'ambito di efficacia probatoria disciplinato dal c.c." [7].

Il procedimento e la natura del giudizio

Sul piano procedimentale la querela di falso può essere proposta, ai sensi dell'art. 221 c.p.c. in via principale, nelle forme ordinarie [8], ovvero come incidente nel giudizio già in corso. L'interesse ad agire deve essere ravvisato, quanto alla prima evenienza, nell'opportunità di privare un documento falso della sua attitudine a costituire un (erroneo) mezzo di prova; nel secondo caso, invece, è rinvenibile nella rilevanza del documento nel giudizio in corso. La querela di falso c.d. incidentale può essere proposta in ogni stato e grado del giudizio [9], finché - dispone l'art. 221 c.p.c. - "la verità del documento non sia stata accertata con sentenza passata in giudicato".

A causa della particolare gravità delle sue conseguenze il legislatore ha presidiato la querela di falso con una serie di particolari cautele. Il giudizio spetta alla competenza esclusiva del tribunale ex art. 9 c.p.c. sicché in caso di proposizione in via incidentale nell'ambito di una causa di competenza del giudice di pace ovvero in caso di giudizio di appello sarà necessaria la sospensione (impropria) del giudizio a quo, come disposto dagli artt. 313 e 355 c.p.c.; trattasi poi di controversia sottratta all'attribuzione del giudice monocratico, in quanto a norma dell'art. 225 c.p.c. "sulla querela di falso pronuncia sempre il collegio"; inoltre, la querela deve poi essere proposta personalmente dalla parte ovvero a mezzo di procuratore speciale ed è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero.

Il codice detta poi alcune disposizioni particolari per il caso di querela proposta in via incidentale. In forza dell'art. 222 c.p.c. qualora sia richiesta querela di falso in corso di causa il giudice istruttore deve interpellare la parte che ha prodotto il documento in merito alla sua intenzione di avvalersene o meno: in caso di risposta negativa, il documento medesimo non è utilizzabile nel giudizio; in caso di risposta affermativa, invece, il giudice ne valuta la rilevanza, autorizza la presentazione della querela (nella stessa udienza ovvero in una nuova all'uopo fissata) ed ammette i mezzi di prova che ritenga idonei, disponendo sulle relative tempistiche e modalità di assunzione. L'art. 223 c.p.c. prevede che il documento venga depositato nelle mani del cancelliere, alla presenza delle parti e del p.m.; l'art. 224 c.p.c. fa salva la possibilità per il giudice - qualora il documento si trovi presso un terzo - di disporre il sequestro e stabilire particolari cautele per la sua conservazione.

A norma dell'art. 226 c.p.c., una volta pronunciata la sentenza che rigetta la richiesta, il collegio ordina le restituzioni del documento e dispone che il cancelliere ne faccia menzione sull'originale del documento (o sulla copia di questo); il querelante viene inoltre condannato al pagamento di una pena pecuniaria non inferiore a 2 euro e non superiore a 20. Nel caso in cui, invece, venga accertata la falsità il tribunale "dà le disposizioni di cui all'art. 480 c.p.p.": il richiamo deve oggi essere inteso, in ragione dell'entrata in vigore del codice di rito penale del 1988, alla norma di cui all'art. 537 c.p.p. sicché sarà, in sostanza, necessario far risultare dal documento la sua falsità. L'art. 227 c.p.c. dispone che l'esecuzione della sentenza (di rigetto o di accoglimento della querela) non può aver luogo prima del suo passaggio in giudicato; il capoverso della norma prevede inoltre che qualora non sia richiesta dalle parti, l'esecuzione è promossa dal p.m. a spese del soccombente. L'articolo da ultimo citato afferma che, per quanto applicabile, si debba osservare il disposto dell'art. 481 del previgente codice di procedura penale: il richiamo deve essere oggi inteso all'art. 675 c.p.p.

La natura del giudizio di falso e della pronuncia che lo definisce costituisce una questione ancora aperta in dottrina [10]: per alcuni il procedimento de quo avrebbe natura di accertamento (non di un diritto, ma) di un fatto ovvero di un rappor-

to proprio, pare ferma nella soluzione positiva sin da Cass. Civ., Sez. Un., 4 giugno 1986, n. 3734, in DeJure. Sul tema si v., ex pluris, Mandrioli C., Carratta A., op. cit., 247, sub nota 76; Rota F., op. cit., 935.

[7] Rota F., op. cit., 936.

[8] E, dunque, tramite citazione.

[9] Purché prima della rimessione della causa in decisione ed esclusi i giudizi di cassazione e di rinvio: Mandrioli C., Carratta A., op. cit., 250.

[10] Le varie teorie sono ben identificate da Rota F., op. cit., 221.

to probatorio; altri ravvisano nella querela di falso un processo costitutivo con effetto risolutivo del vincolo di prova legale del documento impugnato; altri ancora reputano che si tratti di un processo a contenuto oggettivo, funzionale all'interesse pubblico alla rimozione dalla circolazione di un documento falso; infine, una ulteriore tesi attribuisce alla querela di falso natura di anomalo giudizio di accertamento con funzione istruttoria.

La prova necessaria per l'accoglimento della querela di falso tra rigore e formalismo

Venendo ora alla questione sottesa all'ordinanza in nota (Cassazione Civile, Sez. 4, ordinanza 24 gennaio 2019, n. 2126) è possibile ricordare che ai sensi del secondo comma dell'art. 221 c.p.c. la querela di falso "deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove della falsità". Si tratta di una sanzione di rigore tale da aver prestato il fianco a diverse critiche, nonché a dubbi sulla sua legittimità costituzionale. Dette perplessità sono state tuttavia fugate dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che la norma non contrasta con gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto "non pone alcun termine pregiudizievole del diritto di difesa delle parti, limitandosi a prescrivere quali siano i requisiti necessari per il perfezionamento dell'atto processuale di impugnazione"^[11]. La ratio di questo particolare rigore pare poter essere identificata in un duplice ordine di considerazioni. Da un lato la valenza di prova legale del documento contestato è ritenuta dal legislatore di particolare pregnanza: pertanto, uno strumento processuale teso ad incidere su tale efficacia probatoria può essere concesso solo nel caso in cui sia effettivamente corroborato da un adeguato riscontro istruttorio, per di più in un sistema come quello attuale che vede nella prova documentale il mezzo istruttorio per così dire principe. Come efficacemente affermato in una recente pronuncia della giurisprudenza di merito, dunque, la prova

del falso deve costituire "la sola conclusione logica necessaria di un procedimento di valutazione del significato indiziaro delle prove articolate o assunte"^[12]: il giudice di merito, pertanto, deve compiere un accertamento preliminare, teso alla disamina della sussistenza dei presupposti che giustificano una proposizione della querela, operando "una verifica se non proprio della plausibilità, quantomeno della non manifesta infondatezza della domanda di falso"^[13]. Dall'altro lato il valore (e l'esigenza) della ragionevole durata del processo (e della sua efficienza) scolpito dall'art. 111, comma 2, Cost. impone di evitare in radice attività processuali meramente defatigatorie, che non siano poste in essere al fine di esercitare effettivamente e responsabilmente il diritto di azione e difesa. Difatti, come è stato recentemente dalla Cassazione "la formulazione dell'art. 221 c.p.c., secondo cui la proposizione delle querela deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove poste a sostegno dell'istanza, indica in modo non equivoco che il giudice di merito davanti al quale essa sia stata proposta è tenuto a compiere un accertamento preliminare per verificare la sussistenza o meno dei presupposti che ne giustificano la proposizione, finendosi diversamente per dilatare i tempi di decisione del processo [...], in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo"^[14].

Il quadro pretorio che deriva da tali due constatazioni tratteggia un trend - a volte ondivago - dal quale è dato desumere un'interpretazione dell'art. 221, comma 2, c.p.c. che pur senza snaturare il rigore del dato testuale tenta di bilanciarlo con l'esigenza di evitare formalismi eccessivi. Sicché, ferma restando la necessità di addurre adeguati ed univoci riscontri probatori a sostegno della denuncia di falsità del documento, tale onere potrà essere assolto con qualsiasi mezzo istruttorio (anche per il tramite di presunzioni) e l'indicazione di questi non sarà necessaria nel caso di falso rilevabile *ictu oculi*^[15].

[11] Così Cass. Civ., Sez. II, 5 novembre 1975, n. 3708, in Foro it., 1976, I, 334 ss.

[12] Così Trib. Milano, Sez. spec. impresa, 28 marzo 2018, n. 3572, in DeJure.

[13] Vanzetti M., op. cit., 1511.

[14] Così Cass. Civ., Sez. V, 14 marzo 2018, n. 6220, in DeJure. In termini si v. altresì Cass. Civ., Sez. Un., 23 giugno 2010, n. 15169, in Foro it., 2010, X, I, 2683 ss.

[15] Per alcuni esempi si v. Cass. Civ., Sez. II, 7 maggio 2018, n. 10874; Cass. Civ., Sez. Lav., 3 febbraio 2001, n. 1537, in Giur. it., 2001, XI, 2030 ss., con nota di Vanz M.C., Querela di falso e prova della falsità: un'esatta distinzione tra rigore e formalismo; Cass. Civ., Sez. III, 17 giugno 1998, n. 6050, in DeJure; Cass. Civ., Sez. III, 4 marzo 1998, n. 2403, in Foro it., 1998, I, 2174 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 22 aprile 1994, n. 3833, in DeJure; Cass. Civ., Sez. I, 15 marzo 1991, n. 2790, in Foro it., 1991, I, 2060 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 11 agosto 1990, n. 8230, ibidem; Cass. Civ., Sez. II, 26 novembre 1988, n. 6383, ibidem; Cass. Civ., Sez. II, 6 luglio 1983, n. 4571, ibidem.

I FINI CONCILIATIVI DEL 696 BIS C.P.C.

Inammissibilità del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. per insussistenza della finalità conciliativa

di Stefano Barbiani

del 13 maggio 2019

Tribunale di Rimini, Giudice dott.ssa Silvia Rossi, R.G. n. 414/2019, ordinanza del 14 aprile 2019

Il provvedimento che si commenta (Tribunale di Rimini, ordinanza del 14 aprile 2019 n. 414) concerne una pronuncia di inammissibilità di un ricorso presentato ex art. 696 bis c.p.c. dalla vittima (qualificatasi tale) di un sinistro stradale la quale richiedeva la nomina di una CTU medico legale che accertasse la natura, l'entità, la tipologia ed il nesso eziologico delle lesioni asseritamente riportate conseguenti al sinistro e quantificasse i relativi danni subiti.

Con ordinanza del 14 aprile 2019 il Giudice del Tribunale di Rimini, preso atto della posizione assunta dalla Compagnia di Assicurazione costituitasi nel giudizio cautelare ed, in particolare, della produzione da questa effettuata concernente una querela sporta nei confronti del ricorrente per il reato di truffa ai danni dell'assicurazione, ritenuto che non vi fossero le condizioni per una conciliazione della lite, dichiarava inammissibile il ricorso con condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio cautelare.

Nello specifico il Tribunale, rilevata la pendenza tra le parti di un procedimento penale giudicato di per se stesso preclusivo del bonario componimento della lite, concludeva per l'impossibilità di invocare lo strumento conciliativo di cui all'art. 696 bis c.p.c. precisando che la contestazione sollevata dal resistente non si era semplicemente tradotta nella mera negazione dell'an debeatur ma era stata estesa allo stesso accadimento del fatto storico così come prospettato dal ricorrente.

Il Giudicante evidenziava, altresì, come la riserva di costituzione di parte civile avanzata dal querelante all'atto di dare impulso all'esercizio dell'azione penale avrebbe avuto quale prevedibile conseguenza l'ampliamento di una situazione

confittuale già in atto, peraltro, assai più articolata e complessa di quella rappresentata in sede di ricorso e si determinava al rigetto della domanda per inammissibilità.

La decisione in oggetto si inserisce a pieno titolo, seppur con qualche connotato di specialità, nell'ambito di un variegato panorama giurisprudenziale che in tema di ammissibilità della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi contrappone pronunce favorevoli e contrarie a seconda che si aderisca alla tesi estensiva ovvero restrittiva dell'istituto.

In conformità al primo orientamento, l'espletamento della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi dovrebbe essere ammessa in ogni caso, ossia tanto a prescindere dalla ricorrenza dei requisiti classici del fumus boni iuris e del periculum in mora propri dei procedimenti cautelari, che anche dell'effettiva volontà conciliativa di tutte le parti, essendo ogni questione relativa alla ammissibilità dell'istituto rimessa al giudice dell'eventuale e successivo giudizio di merito.

Secondo tale prospettiva il ruolo del giudice verrebbe relegato a quello di mero garante del procedimento essendogli preclusa ogni valutazione sui fatti e sui diritti fatti valere dal ricorrente, così come gli sarebbe inibita ogni disamina inerente la probabile fondatezza della pretesa risarcitoria dedotta a sostegno dell'istanza di istruzione preventiva, anche quando l'an debeatur sia oggetto di specifiche contestazioni ad opera del convenuto.

Con specifico riferimento alla posizione processuale dichiaratamente assunta dalle parti circa la loro indisponibilità ad un eventuale componimento della controversia, si segnalano pronunce di merito^[1] le quali, muovendo dal tenore letterale della norma, che non prevede tra i requisiti di ammissibilità

[1] Tribunale di Milano, 17 febbraio 2015 - Tribunale di Mantova, 22 marzo 2011 - Tribunale di Arezzo, 4 luglio 2011.

della domanda la non contestazione dell'an debeat, si sono espresse per la ammissibilità del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. anche qualora la parte resistente abbia dichiarato espressamente negli atti difensivi di non voler addivenire alla conciliazione della controversia.

Gli elementi a conforto della suddetta tesi risiedono principalmente in un'esegesi della norma particolarmente fedele al suo dettato letterale dal quale si ricava, in prima battuta, che l'art. 696 bis c.p.c. non richiede quale suo presupposto la comune volontà di conciliare la lite.

Al contrario, la "composizione della lite" è solamente il fine a cui aspira il ricorrente ed il testo della disposizione, nella parte in cui delega al CTU, prima del deposito della relazione ma soltanto ove possibile, l'esperimento della conciliazione conferma che il raggiungimento di un'intesa tra le parti è soltanto un'eventualità che può verificarsi o meno durante l'iter del procedimento.

Ove la volontà del legislatore fosse stata diversa è ragionevole pensare che la norma avrebbe indicato la necessità di un ricorso congiunto delle parti.

La finalità conciliativa, in altri termini, non deve temporalmente attestarsi al momento della presentazione del ricorso come possibilità concretamente realizzabile ma può maturare durante lo svolgimento delle operazioni di istruzione preventiva tanto che è in quel preciso momento processuale, prima che si compia il deposito della CTU, che il consulente nominato dal Giudice, ove ne ricorrano le condizioni, è investito del ruolo di conciliatore.

L'ulteriore argomento a sostegno della tesi estensiva si fonda sulla ratio della norma, ossia sulla sua finalità deflattiva del contenzioso che verrebbe inevitabilmente frustrata ove si rimettesse all'arbitrio della parte resistente l'applicabilità dell'istituto.

Ovviamente una simile impostazione che garantisce sommatamente il diritto della parte ricorrente di accedere senza filtri all'istituto della istruzione preventiva reca in sé qualche stortura quale quella di consentire lo svolgimento di consulenze tecniche esplorative, ad ampio raggio, sia in relazione all'oggetto dell'indagine che delle parti coinvolte, in taluni casi totalmente estranee al rapporto giuridico sottostante, vanificando in tal modo la finalità deflattiva dello strumento ed aprendo la strada a possibili abusi dello strumento processuale.

Proprio per arginare le possibili derive dell'istituto si è contrapposta una tesi restrittiva che riconosce al giudice il potere di valutare, ai fini dell'ammissibilità del procedimento, la

sussistenza o meno del *fumus boni iuris* con la precisazione che nel compimento di tale valutazione il giudice non deve riferirsi all'eventuale futuro giudizio di merito ma alla conciliazione.

Ed in effetti, qualora il giudice valutasse, pur sommariamente, la fondatezza della domanda del ricorrente formulerebbe un giudizio che esula dall'ambito e dalle funzioni proprie del giudizio di istruzione preventiva a fini conciliativi.

Dunque, il giudice nell'esercizio delle sue prerogative non dovrà e non potrà sindacare la ammissibilità e rilevanza della prova di cui gli viene demandata la preventiva assunzione rispetto al diritto sostanziale che il ricorrente farà eventualmente valere nel giudizio di merito ma dovrà formulare il suo convincimento avuto riguardo alla finalità dell'istituto azionato che è proprio quella di giungere ad una conciliazione della lite evitando l'instaurazione della successiva causa di merito.

Vi è, tuttavia, da segnalare che nell'ambito di tale orientamento si registra anche una posizione ancor più restrittiva che ritiene che la valutazione giudiziale debba estendersi all'analisi dell'an debeat in considerazione del fatto che verrebbe elusa la finalità conciliativa ogni qualvolta insorgesse tra le parti in causa una controversia non sull'entità risarcitoria ma anche sull'effettiva sussistenza del diritto leso oltre che sull'individuazione del soggetto eventualmente tenuto al risarcimento.

In tutte le situazioni prospettate la celebrazione del giudizio di istruzione preventiva finalizzato alla conciliazione sarebbe di fatto inutile per l'impossibilità del raggiungimento del fine voluto dal legislatore.

Ebbene, se in base al primo orientamento la sussistenza di una lite tra le parti (su qualunque aspetto della controversia) è il presupposto dell'istituto, il dato di partenza di un iter processuale che può eventualmente concludersi con una conciliazione, secondo l'altra impostazione, da ultimo esaminata, la pendenza di un conflitto tra le parti da presupposto dell'azione cautelare si trasforma in una circostanza ostativa al suo esercizio ove renda di fatto non percorribile la strada conciliativa[2].

È in quest'ultimo scenario che si colloca la pronuncia in commento la quale, tuttavia, a giustificazione del diniego della domanda introduce la disamina di un elemento ulteriore e diverso rispetto alla mera contestazione dell'an debeat formalizzata dalla parte resistente.

È, infatti, il richiamo alla pendenza di un altro procedimento giudiziario, nella fattispecie di natura penale, originato dai

[2] Tribunale di Firenze, 7 giugno 2017 - Tribunale di Pisa, 2 giugno 2017.

medesimi fatti posti a fondamento del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. e pendente tra i medesimi soggetti a condurre il Tribunale di Rimini a formulare una prognosi negativa circa la possibilità di una soluzione conciliativa all'esito di un eventuale giudizio di istruzione preventiva.

A tal proposito si consideri che l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio di natura medico legale finalizzata ad accertare le lesioni lamentate dal ricorrente non avrebbe certamente potuto risolvere i nodi posti dalla Compagnia di As-

sicurazione i quali, per essere sciolti, necessitano di accertamenti di altra natura.

Pare di comprendere che nella valutazione operata dal giudice l'orizzonte valutativo della finalità conciliativa prevista dall'art. 696 bis c.p.c. abbia valicato i confini del giudizio di merito in sede civile per la tutela del diritto sostanziale prospettato dal ricorrente per raggiungere altri ambiti processuali che vedano contrapposte le medesime parti per fatti collegati a quelli dedotti in sede cautelare.

IL PROCESSO SOSPESO

L'impugnabilità dei provvedimenti di sospensione ex artt. 295 e 337, capoverso, c.p.c. e poteri del giudice

di Jacopo Polinari

del 14 maggio 2019

1. Come noto l'art. 337, cpv., cod. proc. civ. legittima il giudice a sospendere il processo quando una delle parti abbia invocato la "autorità" di altra decisione resa in un rapporto giuridico pregiudiziale. Detta sospensione, che ha natura discrezionale, secondo il più recente orientamento giurisprudenziale può essere disposta nei medesimi casi in cui l'art. 295 cod. proc. civ. imporrebbe la sospensione necessaria, ma il giudizio pregiudiziale è stato definito con sentenza ancora impugnabile^[1].

Nessuna disposizione individua lo strumento per gravare il provvedimento con cui il giudice abbia disposto la sospensione. La giurisprudenza si è quindi interrogata sulla possibilità di impugnare per regolamento di competenza i provvedimenti di sospensione emessi ex art. 337, cpv., ipotesi non prevista tra quelle elencate dall'art. 42 c.p.c.

Per ulteriori considerazioni, svolte in commento alla decisione n. 10027/2012, vds. Menchini, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, in Riv. Dir. Proc., 2013, 3, 683; D'Alessandro, *Le Sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra artt. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?*,

in Giur. it., 2012, p. 2601 ss; Polinari, *Le Sezioni Unite tornano sull'art. 337, capoverso, c.p.c. e riaffermano l'efficacia dichiarativa della sentenza impugnabile. Spunti per una lettura sistematica*, in Giur. It., 2013, 3, 614.

La posizione delle Sezioni Unite è stata successivamente ribadita più volte: vds. da ultimo Cass., sez. lav., 4 gennaio 2019, n. 80; Cass., sez. II, 15 novembre 2018, n. 29450; per l'applicabilità dell'art. 337, cpv., cod. proc. civ. anche al processo amministrativo vds. Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2018, n. 5185.

2. Secondo un primo orientamento^[2], condiviso da parte della dottrina^[3], tale possibilità sarebbe da escludersi. L'esclusione non era giustificata tanto sul piano letterale, quanto su quello sistematico. Più precisamente le prime decisioni mettevano in risalto la differenza del giudizio compiuto dal giudice del merito quando la sospensione fosse disposta per pendenza di una causa pregiudiziale ex art. 295, e quando fosse invece disposta per la pendenza di un giudizio di impugnazione avverso una decisione capace di avere una generica efficacia sul processo in corso.

^[1] Il dibattito sul rispettivo ambito di applicazione degli artt. 295 e 337 cpv., cod. proc. civ. è rinfocolato a valle della notoria decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 10027 del 19 giugno 2012 (in Giur. It., 2012, 12, 2601 con nota di D'Alessandro e in Giur. It., 2013, 3, 614, con mia nota; Riv. Dir. Proc., 2013, 3, 683, con nota fortemente critica di Menchini; Corriere Giur., 2012, 11, 1322 nota di Zuffi; in Famiglia e Diritto, 2013, 5, 450 con nota di Vanz) la quale, in accoglimento della tesi Liebmaniana della piena efficacia della sentenza impugnabile, ha - con una motivazione forse poco perspicua ma, nel complesso, condivisibile - ha ricavato l'ambito di applicazione dell'art. 337 cpv. cod. proc. civ. ai casi in cui sia stata emessa una decisione (di primo grado o anche d'appello) sul rapporto pregiudicato e questa sia stata fatta oggetto di impugnazione: in tal caso il giudice del merito - che è vincolato dalla decisione emessa nel rapporto pregiudicato - è tenuto a valutare la tenuta della decisione impugnata e, quindi, provvedere o meno alla sospensione della causa pendente dinanzi a lui.

^[2] Cass., ord., 25 giugno 2002, n. 9279, in Rep. Foro It., 2002, voce "Procedimento civile", n. 288; Cass., 7 agosto 1997, n. 7295, in Rep. Foto It., 1997, voce "Procedimento civile", n. 298; Cass., 30 maggio 1996, n. 5002, in Foro It., 1997, I, 1108, con nota di Trisorio Liuzzi.

^[3] Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 2a ed., Torino, 2012, 133 ss.; Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 3a ed., Milano, 2007, 217; in senso contrario Levoni, voce "Regolamento di competenza", in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, 487 che invece legge nella disposizione la possibilità di impugnare tutti i provvedimenti che dichiarano la sospensione per pregiudizialità; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 46.

Nel primo caso, rilevava la Suprema Corte, l'art. 295 c.p.c. non lascerebbe al giudice margini di discrezionalità: una volta rilevata la pendenza di una causa tecnicamente pregiudiziale e il ricorrere dei presupposti della sospensione (*rectius* dell'impossibilità di realizzare il *simultaneus processus*) al giudice non sarebbe data altra possibilità prenderne atto e sospendere il processo sino al passaggio in giudicato della decisione su questa. In capo al giudice è infatti esclusa ogni valutazione discrezionale o di opportunità della sospensione, dovendo limitarsi ad una mera sussunzione di una situazione di fatto ad un comando legislativo che impone la sospensione al ricorrere di dati presupposti.

Ciò che comportava una situazione di stasi del processo - di temporanea «negazione di giustizia»^[4] - per un tempo indefinito e assai lungo^[5], e giustificava, nell'ottica del legislatore del 1990^[6], la previsione di uno specifico mezzo di impugnazione per il controllo sull'effettiva sussistenza dei presupposti della sospensione. Detto mezzo di impugnazione è stato individuato nel regolamento di competenza^[7].

Situazione diversa, invece, si ha nei casi di sospensione cd. «facoltativa», che presuppone invece da un lato una valutazione del giudice in merito alla possibilità che l'eventuale riforma di una sentenza privi di titolo la domanda sulla quale si trova a dover giudicare (valutazione non dissimile da quella da compiersi ex art. 295 in quanto sempre afferente alla sussistenza di un rapporto di pregiudizialità), dall'altro una valutazione di mera opportunità della sospensione, che può essere motivata da una prognosi positiva circa l'esito dell'impugnazione ovvero dal contemperamento di interessi tra l'accettazione del rischio che la propria decisione sia di fatto inutile e l'allungarsi dei tempi della decisione.

Ora, poiché dette valutazioni rientrano tra i poteri discrezio-

nali del giudice del merito, queste sarebbero sottratte al controllo di legittimità della Suprema Corte.

Inoltre, se il provvedimento di sospensione necessaria è obbligatorio per il giudice del merito in presenza di una controversia tecnicamente pregiudiziale, il mezzo di impugnazione è rivolto a contestare proprio l'accertamento del rapporto di pregiudizialità ritenuto dal giudice. Diversamente, nel caso di sospensione discrezionale, il fatto stesso che il disporla o meno risponda a una valutazione di opportunità rende il provvedimento più elastico e rimesso alle particolarità del caso, oltretutto sempre riesaminabile dal giudice, su sollecitazione della parte interessata^[8].

Detto orientamento appare ineccepibile sul piano sistematico e logico, ma lasciava le parti sguarnite di un rimedio da esperire avverso il provvedimento di sospensione discrezionale. Un più recente orientamento - consapevole di ciò - ha offerto una lettura dell'art. 42 c.p.c. «costituzionalmente orientata» mercé la quale si è legittimata l'impugnazione con regolamento di competenza anche dei provvedimenti di sospensione facoltativa quale quello in esame, nonostante l'art. 42 menzioni espressamente il solo art. 295 cod. proc. civ.

Visto l'atteggiamento di generale disfavore verso la sospensione del processo inaugurato dalla Suprema Corte con l'ordinanza n. 1467/2003^[9] - che ha escluso la configurabilità di un generale potere del giudice di sospendere il processo al di fuori dei casi previsti dalla legge (alla luce dei principi costituzionali del giusto processo e della ragionevole durata dello stesso che ne costituisce un corollario), e ha ammesso il controllo di legittimità generalizzato avverso i provvedimenti di sospensione facoltativa non previsti dalla legge - non vi sarebbero ragioni per escludere lo stesso controllo di legittimità dei provvedimenti di sospensione ex art. 337, cpv., c.p.c.^[10].

[4] Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2a ed., II, Torino, 2010, 182; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano 1959, 389; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*, II, Milano 1984, 190; Montesano, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1983,, 387; Proto Pisani, *Sulla sospensione necessaria del processo civile*, in *Foro It.* 1969, I, 2517; Cipriani, voce «Sospensione del processo - I) Diritto processuale civile», in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, 2; Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 484.

[5] Così, precisamente, Cass., 30 maggio 1996, n. 5002.

[6] Come noto l'impugnazione per regolamento di competenza dei provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo ex art. 295 c.p.c. è stata introdotta dalla legge 16 novembre 1990, n. 353, che ha novellato, tra gli altri, l'art. 42 c.p.c.

[7] La scelta ha suscitato le critiche dei primi commentatori della norma: v. Acone, voce «Regolamento di competenza», in *Enc. Giur. Treccani*, 7; Consolo, *Op. ult. loc. cit.*

[8] Così sempre Cass., 30 maggio 1996, n. 5002. Si immagini ad esempio che l'originaria prognosi di fondatezza dell'impugnazione si riveli in realtà, una volta terminata la fase istruttoria, eccessivamente ottimistica vuoi per ragioni di merito, vuoi per l'insorgere di una questione di rito determinante. Nulla impedirebbe la revoca o modifica dell'ordinanza di sospensione ex art. 177 c.p.c.

[9] Cass., Sez. Un., ord., 1 ottobre 2003, n. 14670, in *Foro It.* 2004, con nota adesiva di Trisorio Liuzzi.

[10] Così Cass., 12 luglio 2018, n. 18494; Cass., 30 luglio 2015, n. 16142Cass., ord., 14 gennaio 2005, n. 671, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce «Cassazione civile», n.

Ne conseguirebbe che, nonostante l'art. 42 c.p.c. richiami il solo art. 295 c.p.c., il controllo del giudice di legittimità dovrebbe ammettersi anche nei confronti dei provvedimenti che dichiaratamente facciano applicazione dell'art. 337, cpv., c.p.c.^[11].

3.

La conclusione cui giunge da ultimo la giurisprudenza appare ragionevole - in astratto - per recuperare effettività alla tutela giurisdizionale in un contesto afflitto dalla durata esasperante della giustizia civile, ma si scontra inevitabilmente con ulteriori questioni che nascono ogni volta che l'interpretazione delle norme processuali non tiene conto della lettera della legge né del sistema nel quale sono inserite.

La prima obiezione è tranchante: come anticipato poco sopra, l'art. 42 c.p.c. non fa riferimento ai provvedimenti di sospensione del processo, né ai provvedimenti di sospensione per pregiudizialità in generale^[12], ma ai soli "provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295".

Il provvedimento di sospensione ex art. 337, cpv., c.p.c. ha anche un fondamento molto diverso da quello ex art. 295.

Abbiamo visto sopra che l'orientamento restrittivo giustamente notava che il provvedimento di sospensione ex art. 295 c.p.c. ha quale caratteristica la necessità: il giudice di merito, rilevata la sussistenza di una causa su una questione tecnicamente pregiudiziale non può far altro che disporre, in applicazione della legge processuale, la sospensione del processo. In questo caso il ruolo della Corte di Cassazione, investita del controllo della corrispondenza del provvedimento con il parametro legislativo anche sul piano di fatto^[13], è pienamente confacente alla sua funzione: rilevare che il giudice del merito abbia correttamente applicato la legge processuale in relazione ad una situazione di fatto già accertata. Diversamente, il provvedimento di sospensione facoltativa presuppone la previa valutazione in termini di astratta rilevanza della sentenza impugnata sul giudizio, e quindi una valutazione discrezionale del giudice del merito che contie-

ne, in sé, non solo una prognosi circa il buon esito dell'impugnazione, ma anche una valutazione di mera opportunità della sospensione.

Appunto per questo l'orientamento oggi prevalente ritiene che il controllo della Suprema Corte si debba limitare alla verifica dell'esistenza dei presupposti giuridici in base ai quali il giudice di merito ha esercitato il potere discrezionale a lui solo spettante e all'esistenza di una motivazione (specie in ordine alla prognosi positiva della fondatezza dell'impugnazione) non meramente apparente.

Non parrebbe invece coerente con la funzione e con le caratteristiche del rimedio che la Suprema Corte "si cimentasse con una valutazione di adeguatezza della motivazione adottata sul punto dal giudice di merito e che si sostituisse a questo giudice nell'esercizio di un potere a lui solo spettante"^[14].

È evidente che l'esigenza di scendere alla valutazione del merito del provvedimento impugnato presuppone una valutazione positiva del provvedimento in termini dei suoi presupposti: se infatti la Cassazione rileva che il provvedimento è carente di questi (ad esempio perché rileva che la decisione impugnata non è idonea ad incidere sul processo di merito) non vi è ragione di procedere oltre.

Sin qui, pertanto, la differenza tra l'impugnazione dei provvedimenti ex art. 295 e 337 cpv., c.p.c. non si coglie. La reale differenza riguarda solo il momento del controllo della motivazione della sospensione ex art. 337 cpv., c.p.c.

Ma è proprio la parte essenziale del provvedimento - la sua motivazione e le ragioni di opportunità che lo supportano - che è sottratta al controllo della Corte di Cassazione.

Ciò si giustifica quando la Corte rileva che l'art. 295 c.p.c. non era applicabile mentre lo era l'art. 337, cpv., c.p.c.. Nell'ipotesi opposta, invece, si coglie meno l'effettiva funzionalità del rimedio del regolamento di competenza in quanto il controllo della Suprema Corte non può estendersi alla congruità della motivazione del provvedimento di sospensione; in altre parole la discrezionalità del giudice del merito - in ragione della quale si determina un periodo di sospensione (e quindi

60; Cass., 10 novembre 2006, n. 24104, in Rep. Foro It., 2006, voce "Competenza civile", n. 127; Cass., ord., 29 agosto 2008, n. 21924, in Rep. Foro It., 2008, voce "Competenza civile", n. 84; Cass., ord., 25 novembre 2010, n. 23977, in Rep. Foro It., 2010, voce "Impugnazioni civili", n. 21.

[11] In dottrina ammettono l'esperibilità del rimedio Levoni, Op. ult. loc. cit. e Proto Pisani, Op. ult. loc. cit.. In senso contrario Consolo, Spiegazioni, cit., 133; Tarzia, Op. ult. loc. cit.

[12] Come pure molto autorevolmente sostenuto in dottrina: Levoni, voce "Regolamento di competenza", cit., 487.

[13] Tarzia, Lineamenti, cit., 217, nota 121.

[14] Così espressamente Cass. 25 novembre 2010, n. 23977, in Rep. Foro It., 2010, voce "Impugnazioni civili", n. 21. In senso contrario Cass. 14 gennaio 2005, n. 671, in Rep. Foro It., 2005, voce "Cassazione civile", n. 60, secondo la quale «dalla riconosciuta ammissibilità di questo ricorso discende che la Corte può e deve sindacare nel merito il provvedimento impugnato, esercitando quei poteri di indagine anche sul fatto che le sono riconosciuti in tema di regolamento di competenza».

di temporanea denegata giustizia) più o meno lungo - sembra sottratta a qualsiasi rimedio di tipo impugnatorio.

Potrebbe argomentarsi che, sulla base del diritto positivo, le parti possano opporsi al provvedimento direttamente verso il giudice che lo ha emesso al fine di provocarne la revoca o la modifica. Rimedio naturalmente assai poco efficace per quanto più conforme al sistema del codice rispetto all'impugnazione per regolamento di competenza. Oltretutto, e la notazione non ha scarsa rilevanza sul piano pratico, anche questa possibilità sembrerebbe da escludersi qualora si ritenesse, con la giurisprudenza ad oggi prevalente, che l'art. 42 c.p.c. ricomprenda anche i provvedimenti ex art. 337, cpv. c.p.c., dal momento che questi non sarebbero più modificabili e revocabili da parte del giudice che li ha emessi, mercé l'espressa previsione dell'art. 177, comma 3°, n. 3, c.p.c.

Così stando le cose, anche se il tentativo della giurispruden-

za di individuare nel regolamento di competenza un rimedio spendibile anche avverso i provvedimenti di sospensione discrezionale ex art. 337, cpv., cod. proc. civ. è certamente encomiabile, l'impossibilità di sottoporre a controllo l'esercizio della discrezionalità del giudice nel valutare la sussistenza dei presupposti della sospensione rende il rimedio assai poco efficace.

Sarebbe, pertanto, auspicabile - in una prospettiva de iure condendo - che il legislatore, alla luce proprio dei principi del giusto processo, della sua ragionevole durata e della tutela effettiva, individuasse uno specifico rimedio avverso i provvedimenti di sospensione discrezionali, in modo da garantire la possibilità di un controllo davanti al giudice di merito, quale ad esempio il reclamo immediato al collegio previsto dall'art. 178, comma 2°, c.p.c., o meglio ancora un reclamo ad un giudice superiore quale quello previsto dall'art. 669 terdecies c.p.c.^[15].

[15] In questo senso v. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 150, secondo il quale il rimedio del reclamo al giudice superiore sarebbe stato uno strumento preferibile rispetto al regolamento di competenza anche per il controllo dei provvedimenti emessi ex art. 295 c.p.c.. Vds. anche Polinari, *Le Sezioni Unite*, cit., 625; Alunni, *Sospensione del processo - il potere di sospensione ex art. 337 c.p.c.*, in *Giur. It.* 2015, 11, 2358.

RICORSO PER CASSAZIONE STRAORDINARIO

I motivi inerenti alla giurisdizione nel ricorso per Cassazione ex art. 111 comma 8 della Costituzione

di Giorgio Mazzone

del 15 maggio 2019

Sommario

1. Premessa
2. La nozione di giurisdizione
3. I limiti esterni ed interni della giurisdizione: l'interpretazione statica e quella funzionale
4. La sentenza della Corte Costituzionale 18 gennaio 2018 n. 6
5. Considerazioni finali e prospettive de iure condendo

1. Premessa

La tematica del sindacato esercitato dalla Corte di Cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo e del giudice contabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., ha dato luogo negli ultimi anni ad un importante dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

L'art. 111 comma 8, Cost. dispone che "Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

La norma è riprodotta nell'art. 362, comma 1, c.p.c. secondo cui "Possono essere impugnate con ricorso per Cassazione, nel termine di cui all'art. 325 secondo comma, le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso" e nell'art. 110 del codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che stabilisce che "il ricorso per Cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

L'interpretazione del concetto di "inerenza alla giurisdizione" di cui alle citate disposizioni normative non è univoco in quanto si contrappongono due orientamenti di segno opposto: il primo considera questioni di giurisdizione solo quelle concernenti il riparto di attribuzioni tra i diversi ordini di giurisdizione; il secondo, invece, estende la nozione di giurisdizione comprendendovi ogni manifestazione del potere tipico spettante al giudice.

Il contributo si propone di dare conto degli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali del concetto di "motivi inerenti alla giurisdizione", fino al recente intervento in subiecta materia della Corte Costituzionale con la sentenza 18 gennaio 2018 n. 6.

2. La nozione di giurisdizione

La giurisdizione costituisce una delle tre funzioni fondamentali dello Stato insieme alla legislazione e all'amministrazione e viene comunemente definita come l'attività volta ad applicare la norma giuridica, generale e astratta, nel caso concreto^[1]. In senso specifico, è la sussistenza della potestas iudicandi dei giudici (ordinari e speciali, civili, penali o amministrativi) in ordine ad una determinata controversia e si identifica con il potere di un determinato ordine di giudici di decidere la domanda giudiziale proposta.

La giurisdizione trova il suo fondamento nella Carta costituzionale in cui è stabilito che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e si attribuisce l'esercizio della giurisdizione alla magistratura ordinaria, civile e penale^[2].

L'ordinamento italiano si ispira al principio dell'unicità della giurisdizione per cui la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'or-

[1] Liebman, Manuale di diritto processuale civile, Principi, Milano, 2002, I, 3; Verde, Profili del processo civile, Napoli, 2002, I, 33; Mandrioli, Diritto processuale civile, Torino, 2005, I, 34.

[2] L'art. 24 Cost. dispone al comma 1 "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

dinamento giudiziario[3]; nello stesso tempo, sono previste alcune deroghe, laddove si stabilisce che la funzione giurisdizionale possa essere esercitata, in ipotesi tassative, da magistrati speciali.

I magistrati speciali sono:

- il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa per la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi;
- la Corte dei conti, nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge;
- i tribunali militari, che, in tempo di guerra, hanno la giurisdizione nei casi stabiliti dalla legge e, in tempo di pace, per i reati militari commessi dagli appartenenti alle forze armate;
- il Tribunale superiore delle acque pubbliche, nelle controversie relative al regime delle acque pubbliche;
- le Commissioni tributarie, in materia tributaria.

La giurisdizione civile è esercitata dai giudici ordinari ed ha per oggetto la tutela giurisdizionale dei diritti[4].

La dottrina ha affermato il principio della unità della giurisdizione[5], tale per cui la giurisdizione civile è quella normale e generale cui appartengono tutte le materie non espressamente escluse dalla legge e le cui limitazioni possono essere indicate soltanto negativamente[6].

La giurisdizione si pone, quindi, nei suoi tratti essenziali come un sistema di limiti alla generale spettanza di tutte le cause civili ai giudici ordinari[7], limiti derivanti dalla residenza o dal domicilio delle parti, dai poteri della pubblica amministrazione o dalla specialità della controversia.

In questo ambito, la giurisdizione costituisce il primo presupposto processuale[8] la cui positiva sussistenza deve essere valutata dal giudice al fine di poter emettere una decisione circa il merito della controversia.

In difetto di tale requisito, invece, il giudice dovrà emettere una sentenza declinatoria in cui dovrà indicare il giudice interno che ha la giurisdizione sulla controversia[9].

Per quanto di interesse ai fini del presente contributo si rile-

va che l'art. 59 rubricato "Decisione delle questioni di giurisdizione", comma 1, della Legge 18 giugno 2009, n. 69 recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" stabilisce che "Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione".

3. I limiti esterni ed interni della giurisdizione: l'interpretazione statica e quella funzionale

In una prospettiva di carattere generale, deve essere evidenziato che una questione di giurisdizione può porsi anche nel giudizio di impugnazione delle pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali innanzi al Consiglio di Stato.

In questo contesto, assume un rilievo centrale la previsione dell'art. 105 del codice del processo amministrativo, che disciplina le ipotesi, ritenute tassative, di "Rimessione al primo giudice" ed il cui primo comma stabilisce che "Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio". Dunque, anche nel processo amministrativo conserva una concreta rilevanza stabilire se una determinata questione possa essere qualificata, o meno, come afferente all'errato diniego di giurisdizione.

La tematica ha una evidente centralità in quanto l'errore nell'applicazione della previsione codicistica potrebbe determinare un vulnus al diritto di difesa delle parti del giudizio, perché le priverebbe della possibilità di sottoporre il merito della controversia a due successivi gradi del processo.

Avverso il rifiuto (o l'eccesso) di esercizio del potere giurisdizionale posto in essere dal giudice amministrativo o da quello contabile può, dunque, essere esperito il ricorso in-

[3] L'art. 102 Cost. stabilisce che "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura".

[4] Ai sensi dell'art. 1 c.p.c. "La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice".

[5] Consolo, in Consolo, Luiso, Codice di procedura civile commentato, Milano, 2000, I, 48; Montesano, Arieta, Trattato di diritto processuale civile, Padova, 2001, I, 10.

[6] Liebman, cit., I, 11.

[7] In questo senso, Mandrioli, cit., I, 181.

[8] Così, Biavati, Argomenti di diritto processuale civile, Bologna, 2016; Picardi, Manuale del processo civile, Milano, 2010, 49.

[9] L'art. 37 c.p.c. rubricato "Difetto di giurisdizione" dispone che "Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo".

nanzi alla Corte di Cassazione previsto dall'art. 111, comma 8, Cost. (e dagli articoli 362, comma 1, c.p.c. e 110 c.p.a.). L'aggettivo "soli" riportato nelle norme sopra citate indica chiaramente il carattere limitativo della previsione atteso che le questioni relative alle giurisdizione costituiscono l'unico motivo di ricorso deducibile contro le sentenze rese dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti.

In questo contesto, secondo l'impostazione tradizionale^[10], il sindacato della Corte di Cassazione deve riguardare esclusivamente il controllo dei soli limiti esterni della giurisdizione ovvero i casi di: a) difetto assoluto di giurisdizione (qualora la pretesa dedotta in giudizio non sia suscettibile di alcuna tutela giurisdizionale); b) rifiuto di giurisdizione, basato sull'erroneo convincimento che la materia non possa essere oggetto di cognizione giurisdizionale; c) eccesso di potere giurisdizionale (qualora il Consiglio di Stato o la Corte dei conti invada le attribuzioni riservate al legislatore o alla pubblica amministrazione, il c.d. sconfinamento); d) difetto relativo di giurisdizione (qualora il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici).

Sulla base di questa interpretazione della giurisdizione che può definirsi "statica", i "limiti esterni" della giurisdizione amministrativa si individuano nei "soli" casi in cui il Consiglio di Stato (o la Corte dei conti) abbia ecceduto l'ambito della propria giurisdizione invadendo quello della giurisdizione del giudice ordinario o di altro giudice speciale, o l'ambito riservato al legislatore o alla pubblica amministrazione, o abbia esteso anche al merito il giudizio sull'atto am-

ministrativo nei casi in cui il ricorso è consentito per i soli vizi di legittimità, oppure, al contrario, abbia infondatamente negato di essere titolare del potere giurisdizionale sull'assunto che esso spetti al giudice ordinario o ad altro giudice speciale ovvero non spetti ad alcun giudice^[11].

Attengono, viceversa, ai limiti interni della giurisdizione gli errori in iudicando o in procedendo, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali, che pertanto non costituiscono un vizio attinente alla giurisdizione ancorché si siano concretati in violazioni dei principi del giusto processo consacrati nel novellato art. 111 Cost.^[12] ed anche nel caso in cui la violazione riguardi le norme del diritto dell'Unione europea^[13].

Seguendo tale indirizzo, dunque, le questioni di giurisdizione possono riguardare esclusivamente il "riparto" oppure il "difetto assoluto" di giurisdizione, a seconda che si tratti dell'individuazione della magistratura competente o dell'inesistenza di una qualsiasi magistratura competente, per essere la controversia non risolvibile davanti a un giudice^[14]. In altri termini, secondo questa impostazione tradizionale prevalente in giurisprudenza - a fortiori ratione, dopo la sentenza 18 gennaio 2018 n. 6 della Corte costituzionale di cui si dirà nel successivo paragrafo - il concetto di eccesso di potere giurisdizionale è definito come il superamento dei limiti esterni della giurisdizione nei soli casi di "esercizio di un potere giurisdizionale sostanzialmente inesistente"^[15].

A tale interpretazione statica, si è contrapposto, di recente, un diverso orientamento^[16], "dinamico" o "funzionale", del concetto di giurisdizione rilevante ai fini dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti,

[10] In dottrina, di recente, Chiappa, Giovagnoli, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2017, 1225.

[11] In questo vds. Cass. Civ., Sezioni Unite, 6 aprile 1963, n. 895; Cass. Civ., Sezioni Unite, 7 luglio 1967, n. 1673; Cass. Civ., Sezioni Unite, 28 settembre 1968, n. 2993; Cass. Civ., Sezioni Unite 8 ottobre 1968, 3152; Cass. Civ., Sezioni Unite, 21 marzo 1970, n. 744; Cass. Civ., Sezioni Unite, 17 luglio 1973, n. 2078; Cass. Civ., Sezioni Unite, 4 marzo 1974, n. 593; Cass. Civ., Sezioni Unite, 25 gennaio 1977, n. 359.

[12] Patroni Griffi in Sindacato della Corte di Cassazione ex articolo 111 della Costituzione, Roma, 2017, ha osservato che "se il limite violato, per essere sindacabile, deve essere esterno alla giurisdizione, è conseguenziale che gli errori in iudicando e in procedendo che siano interni alla giurisdizione non siano sindacabili".

[13] In questo senso, Cass. Civ., Sezioni Unite, 17 novembre 2017, n. 23460; Cass. Civ., Sezioni Unite, 17 novembre 2015, n. 23460; Cass. Civ., Sezioni Unite 4 febbraio 2014, n. 2403.

[14] In giurisprudenza si veda, ex multis, Cass. Civ., Sezioni Unite, 17 gennaio 2017, n. 956.

[15] In questo senso, in dottrina, Lamorgese, La giurisdizione contesa, Torino, 2014, 65. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., Sezioni Unite, 15 aprile 2005, n. 7799 che ha ribadito il principio secondo cui il sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto ai soli casi eccezionali di sconfinamento e dunque "al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio" e ciò anche nei casi di violazioni gravi come nelle ipotesi di motivazione inesistente o apparente.

[16] Questa tesi ha avuto avvio nell'ambito di una più ampia riflessione sulla stessa attualità della giustizia amministrativa e sul confine dei rapporti tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Al riguardo si veda, in dottrina, Carratta, Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione, in Rivista di diritto processuale, 2010, 27 ss.; Travi, Luci ed ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo, in Questione giustizia, 2015, 153 ss.; Cudia, Appunti per un dibattito su Cassazione e pubblica amministrazione, in Diritto pubblico, 2015, fasc. 1, 127 ss.

sotteso agli artt. 24, comma 1, 113, comma 1 e 2, Cost. e dello stesso art. 111 comma 1, Cost., come novellato dalla Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

Questo indirizzo - muovendo dai principi di effettività della tutela, di unità funzionale della giurisdizione, del giusto processo e primazia del diritto UE^[17] - tende a consentire l'ampliamento dell'ambito del sindacato dalla Corte di Cassazione nel ricorso ex art. 111 comma 8, Cost.

Il fondamento di quest'orientamento estensivo della nozione di giurisdizione è stato puntualmente ricostruito dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 23 gennaio 2008, n. 30254, in cui è stato affermato che "è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca". Ed ancora, "rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, per verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata".

In dottrina è stato evidenziato che la valorizzazione della concezione funzionale della potestas iudicandi determinerebbe un passaggio dal sindacato sull'an e sul quantum della giurisdizione ad un controllo sul quomodo del concreto esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo^[18].

L'apertura alla nuova concezione dinamica della giurisdizione, quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ha trovato successivamente un'ulteriore specificazione nell'orientamento della Corte Suprema secondo cui "alla regola della

non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia" (Cass. Civ., Sezioni Unite, 6 febbraio 2015, n. 2242)^[19].

Alcuni autori, tuttavia, si sono espressi in senso critico in riferimento a tale interpretazione estensiva della concezione di giurisdizione, rilevando come, in questo modo, si viene a determinare un notevole ampliamento della nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" sotto il profilo dell'astratta ammissibilità del ricorso ex art. 111 comma 8, Cost.^[20]

In questa prospettiva, tuttavia, giova evidenziare che costano soli alcuni precedenti giurisprudenziali fondati sull'interpretazione funzionale della nozione di giurisdizione in cui è stato eccezionalmente rilevato dalla Corte di Cassazione un "caso estremo" di diniego di giurisdizione a causa della violazione del diritto sovranazionale, ma che hanno riguardato vicende del tutto peculiari, caratterizzate dalla significativa circostanza per cui la violazione del diritto sovranazionale era stata accertata da sentenze delle Corti europee sopravvenute rispetto alla sentenza oggetto di ricorso^[21].

In queste ipotesi, dunque, l'applicazione della norma interna si era tradotta nel negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia UE.

L'indirizzo interpretativo inaugurato con la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 23 dicembre 2008,

[17] Così, Corpaci, Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, in *Diritto pubblico*, 2013, 341 ss.

[18] Così Verde, La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 367 ss.

[19] Il discrimine di questa pronuncia rispetto a Cass. Civ., Sezioni Unite, 21 giugno 2012, n. 10294 - che era giunta a conclusioni diametralmente opposte - è proprio rappresentato dall'esistenza di una violazione grave o manifesta di una disposizione comunitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia, che comporta un aprioristico diniego di accesso alla tutela giurisdizionale.

[20] Villata, Giustizia amministrativa e giurisdizione unica, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.; idem, Sui motivi inerenti alla giurisdizione, in *Riv. dir. proc.* 2015, 632 ss.; idem, La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai "cavalieri dell'apocalisse"? in *Riv. dir. proc.* 2017, 106 ss. ha osservato come, così operando, le Sezioni Unite finiscono per "attribuirsi" un potere di controllo nel merito delle pronunce del Consiglio di Stato assai prossimo a quello esercitato sulle Corti d'appello, introducendo in via di fatto una giurisdizione unica, anche sotto il profilo strutturale, incompatibile con la Costituzione vigente; nello stesso senso, di recente, Patroni Griffi, cit., secondo cui "il sindacato 'ordinario' della Corte nei confronti delle sentenze del giudice ordinario non è assimilabile al sindacato delle Sezioni Unite ex articolo 111 comma 8, Cost."

[21] Il riferimento è: (i) alla sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Aigest S.p.A. sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale ed in particolare in ordine al rapporto tra il ricorso principale e quello incidentale che rendeva palesemente erronea sul piano europeo una sentenza del Consiglio di Stato anteriore a una sentenza della Corte di Giustizia di segno opposto, nel caso deciso da Cass. Civ., Sezioni Unite, 6 febbraio 2015, n. 2242; (ii) alla sentenza CEDU 4 febbraio 2014 nel caso Mottola/Italia, il relazione al termine del 15 settembre 2000 previsto dall'art. 69, comma 7, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, per regolare, nel tempo, la giurisdizione sulle controversie di pubblico impiego, nel caso scrutinato da Cass. Civ., Sezioni Unite, 8 aprile 2016, n. 6891. In dottrina, vds. Patroni Griffi, cit., pag. 8.

n. 30254 è stato ribadito nella recente pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 29 dicembre 2017, n. 31226 che ha chiarito come “l’apporto innovativo della sentenza 30254/2008 è dato dal superamento della concezione statica della giurisdizione (titolarità del potere giurisdizionale o regolamento di confini tra ordini giudiziari) e dall’allargamento della categoria delle questioni di giurisdizione a quelle attinenti al contenuto del potere giurisdizionale in relazione alle forme di tutela in cui esso si estrinseca”^[22].

Questa sentenza, dunque, ha ribadito il principio di diritto secondo cui: “Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in iudicando, ancorché riguardanti il diritto dell’Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell’Unione) tale da ridondare in denegata giustizia”, confermando, così, una chiara apertura ad un diffuso controllo sugli errores in procedendo relativi all’applicazione di regole processuali interne incidenti nel senso di negare alla parte l’accesso alla tutela giurisdizionale in materia disciplinata dal diritto comunitario, in contrasto con le statuizioni della Corte di giustizia UE. Al riguardo sono numerose le sentenze della Corte di Cassazione che hanno confermato il principio secondo cui: “Ai limiti interni della giurisdizione attengono in genere gli errori in iudicando o in procedendo, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali, che pertanto non costituiscono vizio afferente alla giurisdizione”, ex multis, vds. Cass. Civ., Sezioni Unite, 29 dicembre 2017 n. 31226 nonché, inter alia, Cass. Civ., Sezioni Unite, 12 giugno 1999, n. 325; Cass. Civ., Sezioni Unite, 4 novembre 2002, n. 15438; Cass. Civ., Sezioni Unite, 15 gennaio 2002, n. 385; Cass. Civ., Sezioni Unite, 15 luglio 2003, n. 11091; Cass. Civ., Sezioni Unite, 19 febbraio 2004, n. 3349; Cass. Civ., Sezioni Unite, 30 dicembre 2004, n. 24175; Cass. Civ., Sezioni Unite, 6 luglio 2005, n. 14211; Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 maggio 2006, n. 10828; Cass. Civ., Sezioni Unite, 16 febbraio 2007, n. 3615; Cass. Civ., Sezioni Unite, 16 febbraio 2009, n. 3688; Cass. Civ., Sezioni Unite, 9 giugno 2011, n. 12539; Cass. Civ., Sezioni Unite, 25 luglio 2011, n. 16165; Cass. Civ., Sezioni Unite, 20 luglio 2012, n. 12607; Cass. Civ., Sezioni Unite, 18 maggio 2017, n. 12497.

4. La sentenza della Corte Costituzionale 18 gennaio 2018 n. 6

Nel descritto contesto dottrinale e giurisprudenziale è intervenuta la Corte Costituzionale che, nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 69 comma 7 del D.Lgs. 30

marzo 2001, n. 165, in relazione all’art. 117, comma 1, Cost., è stata chiamata a verificare se i motivi inerenti alla giurisdizione che consentono un sindacato della Corte di Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti potessero essere ritenuti oggetto di un’esegesi evolutiva.

Con la sentenza 18 gennaio 2018 n. 6, il giudice delle leggi ha chiarito in modo puntuale ed inequivoco i rapporti tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, tracciando nettamente i confini del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai sensi dell’art. 111 comma 8, Cost.

Al riguardo la Corte Costituzionale ha innanzitutto osservato come “La tesi che il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall’ottavo comma dell’art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale”.

Più in particolare, secondo la Consulta, l’interpretazione estensiva invocata dal giudice rimettente^[23], violerebbe il chiaro tenore letterale desumibile dal comma 8 dell’art. 111 Cost. (in cui si specifica che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i “soli” motivi inerenti alla giurisdizione), nel confronto con il precedente comma 7 che prevede il generale ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici; al riguardo osserva la Corte che “la evidente differenza testuale che sussiste tra le due disposizioni non può essere ridimensionata a tal punto da assimilare il contenuto del comma 8 a quello del comma 7”.

Il giudice delle leggi ha, altresì, avuto modo di precisare che il concetto di controllo sull’osservanza dei limiti esterni della giurisdizione “non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell’ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze ‘abnormi’ o ‘anomale’ ovvero di uno ‘stravolgimento’, a volte definito radicale, delle norme di riferimento”. Difatti, prosegue la Corte, “attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive”. Sulla base di tali argomentazioni pertanto, “l’intervento delle Sezioni Unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno

[22] Nello stesso senso, in precedenza, Cass. Civ., Sezioni Unite, 6 settembre 2010, n. 19048 e Cass. Civ., Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013.

[23] Nel caso di specie, è la stessa Cass. Civ., Sezioni Unite, 8 aprile 2016, n. 6891 precedentemente citata.

può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU" poiché, diversamente opinando, verrebbe "ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata)".

Le conclusioni della Consulta sono, dunque, perentorie in quanto viene affermato che "L'eccesso di potere giudiziario, denunciabile con il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici".

5. Considerazioni finali e prospettive de iure condendo

In conclusione, occorre domandarsi se l'autorevole intervento della Corte Costituzionale possa definitivamente mettere fine ad ogni disquisizione teorica in ordine all'ampiezza del concetto di "motivi inerenti alla giurisdizione" nel ricorso per Cassazione ex art. 111 comma 8, Cost.

In effetti, le sentenze successive alla decisione della Consulta n. 6/2018 si sono allineate all'interpretazione tradizionale del concetto di giurisdizione^[24], escludendo ogni riferimento e rilevanza all'orientamento dinamico della nozione di giurisdizione.

In questo contesto, tuttavia, occorre evidenziare una possi-

bile persistenza di criticità nell'ambito del sistema dei rapporti tra giurisdizioni, con particolare riferimento all'assetto "imperfetto" della giustizia amministrativa, dovuto, anche, all'assenza del terzo grado di giudizio.

Al riguardo la dottrina prevalente^[25] ha evidenziato come la descritta problematica possa essere risolta de iure condendo attraverso una riforma legislativa, piuttosto che tramite un'interpretazione "manipolativa" dell'art. 111 comma 8, Cost.^[26]. Alcuni autori hanno anche sostenuto l'opportunità di un ripensamento della composizione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite con l'istituzione di un giudice della giurisdizione a composizione mista^[27] da attuare integrando le Sezioni Unite con magistrati del Consiglio di Stato^[28].

Questa tesi ha trovato un'illustre conferma nel "Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori" sottoscritto il 15 maggio 2017 dal primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, dai Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti e dai Procuratori Generali presso la Corte Suprema di Cassazione e presso la Corte dei conti^[29].

Tra gli obiettivi del Memorandum, infatti, al punto 4^[30], è indicato proprio l'impegno a "valutare, previe opportune consultazioni al proprio interno e con i competenti organi di autogoverno, la possibilità di promuovere l'introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni (Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, adunanza plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni riunite della Corte dei conti) con magistrati di altre giurisdizioni, quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione".

^[24] Si veda, Cass. Civ., Sezioni Unite, 9 novembre 2018, n. 28652 che ha ribadito come "il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è circoscritto ai motivi inerenti alla giurisdizione, ossia ai vizi concernenti l'ambito della giurisdizione in generale o il mancato rispetto dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, con esclusione di ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale, cui invece attengono gli errori in iudicando e in procedendo". Il ricorso ai sensi dell'art. 111 comma 8, Cost., dunque, "riguarda esclusivamente i casi di vero e proprio rifiuto dell'esercizio della giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo rispetto ad una questione concernente materia riservata alla cognizione di altri organi costituzionali o di difetto assoluto di giurisdizione, ipotizzabile soltanto ove il Consiglio di Stato o la Corte dei conti abbia affermato la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, l'abbia negata sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento)"; nello stesso senso, Cass. Civ., Sezioni Unite, 27 novembre 2018, n. 30650; Cass. Civ., Sezioni Unite, 27 giugno 2018, n. 1697; Cass. Civ., Sezioni Unite, 19 luglio 2018, n.19283; Cass. Civ., Sezioni Unite, 30 luglio 2018, n. 20169.

^[25] Così, Verde, cit., 383.

^[26] Al riguardo, vds. anche Corte Cost. 26 maggio 2017, n. 123.

^[27] Maruotti, Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 705 ss.; Villata, "Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.

^[28] Così, Roehrsen, Considerazioni sui conflitti di giurisdizione, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, 1093 ss.

^[29] In *Foro it.*, 2018, V, 57 e ss.

^[30] In *Foro it.*, 2018, V, 58; sul punto vds. Consiglio Superiore Della Magistratura, Deliberazione 24 gennaio 2018, in *Foro it.*, 2018, III, 106.

GLI EFFETTI BILATERALI DELLA NOTIFICAZIONE

Le Sezioni Unite sul principio della bilateralità degli effetti della notificazione della sentenza

di Martina Mazzei

del 16 maggio 2019

Sommario

1. Il caso
2. I profili ontologici e funzionali del termine lungo e del termine breve di impugnazione
3. Il principio della bilateralità degli effetti della notificazione della sentenza e il contrasto giurisprudenziale sulla decorrenza del dies a quo per il notificante
4. La soluzione delle Sezioni Unite: la sentenza 4 marzo 2019 n. 6278

1. Il caso

Il proprietario di un fondo esercitava l'azione di manutenzione nei confronti del proprietario del fondo confinante, chiedendo che gli fosse inibita la costruzione di un muro posto a distanza illegale dal confine dei rispettivi fondi e che venisse ordinata la demolizione delle opere già edificate.

Il Tribunale di Salerno, in parziale accoglimento della domanda attorea, condannava la parte resistente a ridurre ad un'altezza non superiore ai tre metri - come disposto dall'art. 878 c.c. - il muro edificato al confine con la proprietà del ricorrente.

L'attore, quindi, ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione, notificava al convenuto la sentenza di primo grado ai sensi dell'art. 285 c.p.c. e, successivamente proponeva appello lamentando che il Tribunale, pur avendolo presupposto nella motivazione, non aveva ordinato la demolizione del terrapieno realizzato dal confinante sul proprio fondo a distanza non legale. Parte resistente eccepeva la tardività dell'appello in quanto l'atto di gravame era stato notificato oltre il termine di trenta giorni di cui all'art. 325 c.p.c. ricorrendo, infatti, tale termine dalla data nella quale l'attore aveva consegnato all'ufficiale giudiziario la sentenza di primo grado ai fini della notifica ex art. 285 c.p.c.

La Corte d'appello di Salerno rigettava l'eccezione di inammissibilità del gravame ed accoglieva l'impugnazione riformando la sentenza di primo grado secondo la prospettazione dell'appellante. La Corte territoriale riteneva, in particolare, tempestivo l'appello dell'attore sul rilievo che il principio secondo il quale la notificazione della sentenza determina il decorso del termine breve per l'impugnazione anche

per il notificante (c.d. efficacia bilaterale della sentenza) deve essere inteso nel senso che la decorrenza del termine a carico del predetto inizia soltanto dal momento in cui la notificazione si è perfezionata nei riguardi del destinatario non potendo operare la regola della scissione soggettiva degli effetti della notificazione.

Avverso il predetto provvedimento la parte soccombente proponeva ricorso per cassazione rilevando che il principio enunciato dai giudici d'appello si poneva in contrasto sia col principio per cui il termine breve per l'impugnazione decorre dal momento in cui si ha conoscenza legale del provvedimento da impugnare sia col principio fissato dall'art. 149 c.p.c. secondo cui la notifica si perfeziona, per il notificante, con la consegna del plico all'ufficiale giudiziario.

La Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria del 3 maggio 2018, n. 10507, rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha rimesso la questione al Primo Presidente per l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, chiamate a risolvere la seguente questione di diritto: «se, in tema di notificazione della sentenza ai sensi dell'art. 326 c.p.c., il termine di impugnazione di cui al precedente art. 325 decorra, per il notificante, dalla data di consegna della sentenza all'ufficiale giudiziario ovvero dalla data di perfezionamento della notifica nei confronti del destinatario», con la sentenza n. 6278 del 4 marzo 2019 le SS.UU., componendo il contrasto giurisprudenziale, hanno risolto la questione relativa all'individuazione del dies a quo del termine breve per l'impugnazione nei confronti della parte che procede alla notificazione della sentenza.

2. I profili ontologici e funzionali del termine lungo e del termine breve di impugnazione

Prima di analizzare il contrasto giurisprudenziale e la soluzione apportata dalla Suprema Corte nella sua massima composizione occorre fare qualche premessa sul profilo ontologico e funzionale del termine di impugnazione.

Il codificatore processuale del 1940, accanto a talune fattispecie particolari in cui ha stabilito termini di impugnazione c.d. mobili (la cui decorrenza è ancorata a un momento non prestabilito^[1] oppure alla data di comunicazione della sentenza^[2]), ha previsto, in via generale, per tutte le altre impugnazioni, due termini per impugnare: un termine c.d. breve (artt. 325 e 326 c.p.c.), che costituisce eredità del codice previgente, la cui decorrenza è rimessa alla iniziativa delle parti, ed un termine c.d. lungo (art. 327 c.p.c.), la cui decorrenza è, invece, indipendente dall'iniziativa dei contendenti.

La previsione di un termine di impugnazione indipendente dalla iniziativa delle parti è espressione della visione pubblicistica del fenomeno processuale che ha ispirato il vigente codice e manifesta l'interesse dello Stato a non lasciare indefinitivamente pendenti le cause e ad assicurare, invece, la sollecita formazione del giudicato e, quindi, la certezza dei rapporti giuridici.

Il termine lungo di impugnazione, previsto dall'art. 327 c.p.c., decorre dalla venuta ad «esistenza giuridica» della sentenza ossia con la sua pubblicazione mediante il deposito nella cancelleria (art. 133 c.p.c.). Tale adempimento rende, infatti, la sentenza conoscibile dalle parti (si parla di conoscenza legale) essendo loro onere informarsi tempestivamente della decisione che le riguarda mediante l'uso della ordinaria diligenza.

Il termine lungo in questione (di durata annuale, secondo l'originario testo dell'art. 327 c.p.c.) decorre dalla pubblicazione della sentenza indipendentemente dal rispetto, da parte della cancelleria, degli obblighi di comunicazione alle parti^[3] e vale anche nei confronti delle parti contumaci qualora non ricorrano le condizioni ostative di cui all'art. 327 c.p.c., comma 2.^[4] Esso opera, peraltro, anche per le impu-

gnazioni in cui il dies a quo venga fatto normalmente decorrere dalla comunicazione del provvedimento ove questa sia mancata.^[5]

L'esigenza pubblicistica di accelerare la formazione del giudicato - posta a fondamento della previsione codicistica di un termine lungo di impugnazione automaticamente decorrente nei confronti di tutte le parti per il mero fatto della pubblicazione della sentenza - trova ora nuovo fondamento nel principio costituzionale della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. (come modificato dalla Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) ed è stata una delle ragioni ispiratrici della riforma del rito civile introdotta con Legge 18 giugno 2009, n. 69.

Tale novella, da un lato, ha modificato l'art. 327 c.p.c., dimezzando l'originario termine lungo annuale di impugnazione e, dall'altro, ha previsto, in seno al procedimento sommario di cognizione, la decorrenza officiosa (svincolata, cioè, da un'attività notificatoria su impulso di parte) del termine breve per proporre appello (trenta giorni) dalla comunicazione a cura della cancelleria dell'ordinanza decisoria (art. 702 quater) che, ove non appellata entro detto termine, passa in giudicato. Con l'introduzione dell'art. 348-ter (ad opera del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito con L. 7 agosto 2012, n. 134) è stata poi prevista anche la decorrenza officiosa del termine breve (sessanta giorni) per proporre ricorso per cassazione, dipendente analogamente a quanto previsto dall'art. 702 quater, dalla comunicazione, a cura della cancelleria, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'appello ai sensi del precedente art. 348 bis c.p.c.

Tuttavia, accanto alla previsione di un termine lungo di impugnazione o, in talune ipotesi, di termini brevi decorrenti officiosamente, nel sistema processuale permane il tradizionale istituto, di natura privatistica, della notificazione della sentenza a cura della parte interessata ai fini della decorrenza di un termine breve di impugnazione (artt. 325 e 326 c.p.c.). Si tratta di un istituto che attribuisce alla parte un vero e proprio diritto potestativo^[6] di natura processuale cui corrisponde una soggezione dell'altra parte. Attraverso la notificazione

[1] Così per la revocazione straordinaria ai sensi dell'art. 395 c.p.c., nn. 1, 2, 3 e 6, e dell'art. 397 c.p.c.; nonché per l'opposizione di terzo revocatoria di cui all'art. 404 c.p.c., comma 2.

[2] Così per il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 47 c.p.c., comma 2; e per l'impugnazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 72 c.p.c.

[3] Cfr. da ultimo Cass. civ., sez. V, 8 marzo 2017, n. 5946; Cass. civ. sez. VI, 29 luglio 2010, n. 17704. V. anche Corte Cost. sent. n. 297 del 2008, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 327 c.p.c., comma 1, in riferimento all'art. 24 Cost. nonché Corte Cost., sent. n. 584 del 1990.

[4] Cfr. Cass., SS.UU. civ., 05 febbraio 1999, n. 26.

[5] Come avviene nei casi di regolamento di competenza, di appello ex art. 702 quater, avverso l'ordinanza decisoria che ha definito il procedimento sommario o di ricorso per cassazione per saltum nel caso di cui all'art. 348 ter c.p.c.

[6] In dottrina cfr. F. AMATO, Termine breve di impugnazione e bilateralità della notificazione della sentenza nel processo con due sole parti, in Riv. dir. proc., 1985, 330 ss.

della sentenza, infatti, la parte ha il potere di operare un mutamento della situazione giuridica dell'altra parte (che diviene soggetto passivo dell'attività processuale altrui), assoggettandola, secondo una scelta di convenienza, ad un termine di impugnazione più breve di quello altrimenti previsto.

In altre parole, la parte ha il potere, mediante la notificazione della sentenza eseguita nelle forme prescritte dagli artt. 170 e 285 c.p.c., di circoscrivere, in funzione sollecitatoria e acceleratoria, l'esercizio del potere di impugnazione dell'altra parte (destinataria della notifica) entro il termine breve previsto dall'art. 325 c.p.c.

Tale accelerazione del termine per impugnare è condizionata al fatto che la notificazione della sentenza sia effettuata al procuratore costituito della controparte, secondo la previsione degli artt. 285 e 170 c.p.c., ovvero ad un soggetto professionalmente qualificato in grado di assumere, nel minor tempo concesso dall'art. 325 c.p.c., le più opportune decisioni in ordine all'eventuale esercizio del potere impugnazione.

E ciò spiega perché la giurisprudenza della Suprema Corte abbia assimilato alla notifica della sentenza al procuratore costituito la notifica della sentenza alla parte presso il procuratore costituito ma non la notifica della sentenza eseguita alla parte personalmente, ritenendo tale ultima notifica inidonea a far decorrere il termine breve di impugnazione.^[7]

È opportuno sottolineare che la decorrenza del termine breve non è correlata alla conoscenza legale della sentenza, già esistente per il mero fatto della sua pubblicazione, né alla conoscenza effettiva della stessa, quale può essere derivata dalla comunicazione della sentenza da parte della cancelleria o dalla richiesta di copia effettuata dalla parte o dalla notificazione della sentenza ai fini esecutivi nei modi stabiliti dall'art. 479 c.p.c.^[8]

La decorrenza del termine breve, infatti, è ricondotta dalla legge al sollecito indirizzato da una parte all'altra per una decisione rapida cioè entro il termine breve previsto dalla legge in ordine all'eventuale esercizio del potere di impugnare. Tale sollecito, come si è detto, è veicolabile solo mediante il

paradigma procedimentale tipico previsto dalla legge quale unico modulo in grado di garantire il diritto di difesa ai fini impugnatori ossia la notificazione della sentenza al procuratore costituito, ai sensi degli artt. 285, 326 e 170 c.p.c.^[9]

Dottrina e giurisprudenza sono, poi, concordi nel ritenere che la notificazione della sentenza eseguita ai sensi dell'art. 285 c.p.c. ha efficacia bilaterale^[10] nel senso che il termine breve di cui all'art. 325 c.p.c. decorre non solo nei confronti del destinatario della notificazione ma anche nei confronti del notificante (ovviamente nel caso in cui sia soccombente su un capo della sentenza) il quale, pertanto, subisce gli effetti dell'attività sollecitatoria che ha imposto all'altra parte.^[11]

3. Il principio della bilateralità degli effetti della notificazione della sentenza e il contrasto giurisprudenziale sulla decorrenza del dies a quo per il notificante

Ed è proprio su questo punto che si innesca il contrasto sincronico nella giurisprudenza di legittimità in relazione al quale è stato invocato un intervento nomofilattico risolutivo da parte delle Sezioni Unite. A queste ultime, in sostanza, è stato chiesto di stabilire se il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione operi anche con riferimento alla notificazione della sentenza ai fini del decorso del termine breve di impugnazione e se, quindi, la notifica della sentenza eseguita ex art. 285 c.p.c. abbia efficacia bilaterale "sincronica" nel senso che il termine di impugnazione decorra da un unico momento sia per il notificante che per il destinatario della notifica ovvero "diacronica" nel senso che il termine di impugnazione decorra da momenti diversi.

L'ordinanza interlocutoria con la quale era stata rimessa la questione alle Sezioni Unite aveva rilevato, sul punto, l'esistenza di due contrapposti orientamenti in ordine alla individuazione, per il notificante, del dies a quo del termine breve per impugnare.

Un primo orientamento, di cui è espressione la sentenza n. 883 del 17 gennaio 2014^[12], individua il dies a quo del termine breve nel momento in cui il notificante con-

[7] Cfr. Cass. civ. sez. V 5 ottobre 2016, n. 19876; Cass. Civ. sez. III, 13 agosto 2015, n. 16804; Cass. civ. sez. III, 1° giugno 2010, n. 13428; Cass. civ. sez. lav, 27 aprile 2010, n. 10026; Cass. civ. sez. lav, 27 gennaio 2001, n. 1152.

[8] Cfr. Cass. SS.UU. civ., 9 giugno 2006, n. 13431.

[9] Cfr. Cass. SS.UU. civ., 13 giugno 2011, n. 12898 con nota di BECHIS, Nota in tema di notificazione della sentenza esecutiva, in *Giur. It.*, 2012, 7, 1647.

[10] A favore della bilateralità in dottrina cfr.: A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 500; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, 462, nt. 24. Rifiutano, invece, la tesi della bilateralità degli effetti della notificazione: A. CERINO CANOVA, *Sulla soggezione del notificante al termine breve di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 624 ss., e, di recente, R. POLI, *Sugli equipollenti della notificazione della sentenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 78 ss.

[11] Cfr. Cass. SS.UU. civ. 19 novembre 2007, n. 23829; Cass. civ. sez. II, 12 giugno 2007, n. 13732; e, da ultimo, Cass. civ. sez. III, 6 marzo 2018, n. 5177.

[12] La sentenza Cass. civ. sez. III, 17 gennaio 2014, n. 883 richiama in senso conforme Cass. civ. sez. II, 23 luglio 2007, n. 16207; Cass. civ. sez. III, 27 ottobre 2005, n. 20912; Cass. civ. sez. III, 20 ottobre 2004, n. 20547; Cass. civ. sez. lav. 23 gennaio 1998, n. 643; Cass. civ. sez. I, 29 novembre 1994, n. 10177.

segna all'ufficiale giudiziario la sentenza o l'atto di impugnazione da notificare essendo detta consegna un fatto idoneo a provare in modo certo, e con data certa, la conoscenza della sentenza da parte dell'impugnante, in applicazione analogica del principio di cui all'art. 2704 c.c., comma 1, ultimo periodo.

Un secondo orientamento, nel quale si iscrive la sentenza n. 9258 del 7 maggio 2015^[13], afferma, invece, che la bilateralità degli effetti della notifica della sentenza per il notificante e per il destinatario implica contestualità degli effetti e, quindi, decorrenza del termine breve dalla medesima data.

Secondo il Collegio rimettente, inoltre, i due orientamenti sono insuscettibili di essere ricondotti ad unità e, in via di principio, sono entrambi sostenibili. Il riferimento alla notificazione da parte dell'art. 326 c.p.c., ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare, infatti, potrebbe essere correlato sia al principio della "presunzione di conoscenza" della sentenza che incombe su tutte le parti coinvolte nel procedimento di notifica sia al principio, di creazione dottrinale, dell'effetto bilaterale della notifica che presuppone, invece, il completamento del procedimento di notificazione.

4. La soluzione delle Sezioni Unite: la sentenza 4 marzo 2019 n. 6278

Le Sezioni Unite, aderendo al più recente indirizzo ermeneutico, hanno risolto il contrasto interpretativo ritenendo che, ai fini del decorso del termine breve di impugnazione, non possa trovare applicazione il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione e che vada, di contro, affermata l'efficacia bilaterale "sincronica" della notifica della sentenza e l'unicità (o comunanza) del termine per impugnare nel senso che quest'ultimo decorre per entrambe le parti dalla medesima data.

Innanzitutto è stesso tenore letterale della norma di riferimento, l'art. 326 c.p.c. comma 1,^[14] che collega la decorrenza del termine breve di impugnazione alla "notificazione della sentenza" ossia all'evento della notificazione considerato oggettivamente senza distinguere tra la posizione del notificante e quella del destinatario della notifica.

Infatti, ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare, la citata disposizione normativa richiede che il procedimento notificatorio si sia perfezionato nel suo complesso^[15] e, poichè il momento perfezionativo del procedimento in questione va individuato nella consegna dell'atto notificando al destinatario o a chi sia abilitato a riceverlo^[16], prima del compimento di tale attività non si ha notificazione e, dunque, non può decorrere il termine per impugnare, neppure per il notificante.

La decorrenza unica del termine di impugnazione - tanto per la parte che effettua la notifica della sentenza quanto per quella che la riceve - trova poi ulteriore fondamento nell'impossibilità di applicare, in questo particolare ambito della materia notificatoria, il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione enucleato dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 477 del 2002, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., del combinato disposto dell'art. 149 c.p.c., e della L. 20 novembre 1982, n. 890, art. 4, comma 3, «nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anzichè a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario».

La Consulta, infatti, ha ritenuto palesemente irragionevole, oltre che lesiva del diritto di difesa, l'esposizione incolpevole del notificante al rischio di decadenze per gli eventuali ritardi dell'ufficiale giudiziario o per i possibili disservizi postali e, conseguentemente, ha escluso che un effetto di decadenza possa discendere per il notificante dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile a soggetti da lui diversi (l'ufficiale giudiziario o l'agente postale) e, quindi, del tutto estranea alla sua sfera di disponibilità.

La stessa ha affermato, perciò, che gli effetti della notificazione a mezzo posta devono essere ricollegati, per quanto riguarda il notificante, al compimento delle sole attività a lui direttamente imposte dalla legge, ossia alla consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario restando fermo, per il destinatario, il principio del perfezionamento della notificazione solo alla data di ricezione dell'atto, attestata dall'avviso di rice-

^[13] La sentenza Cass. civ. sez. VI-3, 7 maggio 2015, n. 9258 richiama in senso conforme Cass. civ. sez. III, 14 luglio 2004, n. 13065; Cass. SS.UU. civ. 13 gennaio 2005, n. 458, Cass. SS.UU. civ. 6 novembre 2014, n. 23675.

^[14] Più in generale, sull'art.326 c.p.c. v. i commenti in CONSOLO (a cura di), Codice di procedura civile. Commentario, II, Milano, IV ed., 2018, 1155 ss.; COMIGLIO - CONSOLO - SASSANI - VACCARELLA (diretto da), Commentario del codice di procedura civile, IV, Torino, 2013, 46 ss., nonché MANDRIOLI - CARRATTA, Diritto processuale civile, Torino, 2017, II, 437 ss.; LUISO, Diritto processuale civile, Milano, 2017, II, 310; RICCI, Diritto processuale civile, Torino, 2017, II, 208 ss.

^[15] Cfr. Cass. civ. sez. III, 17 dicembre 2004, n. 23501.

^[16] Cfr. Cass., SS.UU. civ., 19 aprile 2013, n. 9535 con nota di RUSSO, In tema di notificazione dell'atto introduttivo e momento determinante la litispendenza, in Riv. Dir. Proc., 2014, 6, 1608; Cass. SS.UU. civ., 6 novembre 2014, n. 23675.

vimento, con conseguente decorrenza solo da quella data di qualsiasi termine imposto al destinatario medesimo.

Sebbene la pronuncia della Corte Costituzionale fosse riferita espressamente soltanto alle notificazioni eseguite a mezzo posta ai sensi dell'art. 149 c.p.c., (disposizione sulla quale è poi intervenuto il legislatore con la L. 28 dicembre 2005, n. 263, aggiungendovi un comma che ha recepito il dettato della richiamata pronuncia), i successivi interventi del giudice delle leggi hanno affermato la portata generale del suddetto principio e la sua applicazione ad ogni fattispecie di notificazione.^[17]

Pertanto l'introduzione nel sistema processuale del principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione ha trovato la sua ratio nella esigenza di tutelare il soggetto notificante e di sottrarlo al rischio di decadenze da facoltà processuali a lui non imputabili.

Il principio in parola, perciò, presuppone logicamente la previsione di un termine perentorio a carico del notificante per l'esercizio di poteri processuali e la necessità di evitare che egli possa incorrere in decadenza qualora, entro il detto termine, abbia posto in essere tutte le attività che gli competono.^[18]

Questa ratio non può evidentemente operare con riferimento alla notificazione della sentenza su iniziativa della parte. Infatti, nel momento in cui la parte provvede alla notificazione della sentenza allo scopo di far decorrere il termine breve di impugnazione non è più soggetta a suddetto termine breve ma lo sarà solo dopo che il procedimento di notificazione potrà dirsi perfezionato. Il perfezionamento della notifica rileva, quindi, non già per verificare il rispetto di un termine perentorio pendente ma per far decorrere un termine dapprima inesistente.

In altre parole, la notificazione della sentenza serve al noti-

ficante non per evitare decadenze processuali ma per abbreviare il tempo della formazione del giudicato.

E allora, se si facesse operare il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare, la parte notificante non solo non ne trarrebbe un effetto favorevole (nel senso che non eviterebbe alcuna decadenza) ma addirittura ne subirebbe un pregiudizio perché per essa il termine breve decorrerebbe e, di riflesso, maturerebbe, prima rispetto a quanto in proposito previsto per il destinatario della notifica.

Sarebbe evidente, quindi, il sovvertimento del principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione che, concepito a tutela e a favore del notificante in quanto finalizzato a salvaguardarlo da decadenze incolpevoli, così facendo si trasformerebbe «in un congegno a svantaggio e a carico del notificante medesimo inteso a creare nuove decadenze al di fuori dei casi previsti dalla legge».

È per tale ragione, d'altra parte, che la Suprema Corte ha più volte affermato come debba escludersi che il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione possa comportare, per il notificante, l'anticipazione del dies a quo del termine di costituzione dell'attore trattandosi di effetto a lui pregiudizievole.^[19]

Poste queste premesse le Sezioni Unite confutano gli argomenti della citata pronuncia del 2014 secondo cui il dies a quo del termine breve per impugnare decorrerebbe, per il notificante, dalla data in cui egli consegna l'atto (la sentenza o l'equipollente atto di impugnazione) all'ufficiale giudiziario, in quanto tale consegna costituirebbe, in applicazione analogica dell'art. 2704 c.c., comma 1, ultimo periodo, un fatto che stabilisce in modo certo la conoscenza della sentenza.

Secondo le Sezioni Unite, innanzitutto, non può farsi discen-

[17] Cfr. Corte Cost., sent. n. 28 del 2004, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 139 e 148 c.p.c.; ord. n. 97 del 2004, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 140 c.p.c.

[18] Cfr. Cass. SS.UU. civ. 19 aprile 2013, n. 9535; Cass. SS.UU. 6 novembre 2014, n. 23675; Cass., SS.UU. civ., 13 gennaio 2005, n. 458 con nota di CAPONI, Svolta delle sezioni unite nella disciplina della notificazione ex art. 140 c.p.c., in *Foro It.*, 2005, I, 699. In dottrina, ex multis, DALMOTTO, La giurisprudenza costituzionale come fonte dell'odierno sistema delle notificazioni a mezzo posta, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005, 223 e segg.; TURRONI, Perfezionamento della notificazione e termine per iscrivere la causa a ruolo (nota a Corte cost., 2 aprile 2004, n. 107), in *Giur. It.*, 2005, 92; BALESTRO, La doppia personalità della notifica (nota a Corte cost., 23 gennaio 2004, n. 28), in *Riv. critica dir. lavoro*, 2004, 43; CAMPESE, Il principio della possibile scissione soggettiva dal momento della perfezione del procedimento notificatorio nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione (nota a Corte cost., 23 gennaio 2004, n. 28), in *Rass. Locaz. Condom.*, 2004, 395; CAPONI, Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della Corte costituzionale) (ancora nota a Corte cost., 23 gennaio 2004, n. 28), in *Foro It.*, 2004, I, 646; Id., Sul perfezionamento della notificazione e l'iscrizione della causa a ruolo (nota a Corte cost., 2 aprile 2004, n. 107), *ibidem*, 1321; DI IASI, Le insospettabili vie del formalismo. Dieci anni di interventi della Corte costituzionale in materia di notificazione nel processo civile, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 819; GLENDI, La notificazione degli atti dopo l'intervento della Corte costituzionale (nota a Corte cost., sent. 23 gennaio 2004, n. 28; Id., ord. 12 marzo 2004, n. 97; Id., sent. 24 marzo 2004, n. 107 e Id., ord. 28 aprile 2004, n. 132), in *Corriere Giur.*, 2004, 1310; CAMPUS, Notificazioni a mezzo posta e principio di sufficienza delle «formalità che non sfuggono alla disponibilità del notificante», in *Studium iuris*, 2003, 685.

[19] Cass. civ. sez. III, 29 gennaio 2016, n. 1662; Cass. civ. sez. I, 21 maggio 2007, n. 11783.

dere dalla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario la conoscenza della sentenza in quanto la stessa è già legalmente nota alle parti. La decorrenza del termine breve di impugnazione, infatti, trova la sua ragion d'essere non nell'acquisizione della conoscenza della sentenza, essendo quest'ultima già legalmente nota alle parti per il semplice fatto della sua pubblicazione, ma nel sollecito indirizzato da una parte all'altra per una più rapida decisione in ordine all'eventuale esercizio del potere di impugnare.

In secondo luogo la Suprema Corte nella sua massima composizione rileva che non sussistono neppure i presupposti per procedere all'applicazione analogica dell'art. 2704 c.c., comma 1, ultimo periodo. Manca, infatti, la lacuna normativa che legittima il ricorso all'analogia, perchè la materia dei termini di impugnazione è compiutamente disciplinata dalle disposizioni codicistiche ed ogni possibile fattispecie trova in esse regolamentazione anche grazie alla interpretazione logico-sistematica e a quella estensiva. E difetta, parimenti, l'*eadem ratio legis* necessaria a legittimare il ricorso alla analogia: l'art. 2704 c.c., opera, infatti, nel campo dei rapporti giuridici sostanziali e regola la materia della opponibilità ai terzi della data della scrittura privata non autenticata mentre il decorso del termine per impugnare attiene al rapporto processuale e non riguarda i soggetti terzi ma le parti del giudizio.

Peraltro, secondo la Corte, ove si aderisse alla tesi affermata dal citato arresto giurisprudenziale, si introdurrebbe una decadenza da un diritto processuale ricavata in via analogica di per sé incompatibile con il principio di tassatività che informa la disciplina dei termini perentori.

Per tali ragioni l'applicazione analogica dell'art. 2704 c.c., comma 1 ultimo periodo, non è consentita in questa materia e non può costituire un argomento valido a sostegno della te-

si secondo cui il termine breve di impugnazione decorrerebbe, per il notificante, dalla consegna della notificanda sentenza all'ufficiale giudiziario.

Infine, secondo le Sezioni Unite, una diversificazione della decorrenza del termine breve per impugnare, tra notificante e destinatario della notificazione della sentenza, condurrebbe ad un assetto irrazionale del sistema delle impugnazioni. L'unicità del decorso del termine di impugnazione tutela, infatti, l'equilibrio e la parità processuale fra le parti e garantisce, al contempo, la certezza dei rapporti giuridici, in quanto il giudicato si forma contemporaneamente nei confronti di tutte le parti.

Al contrario, la diversità del decorso del termine di impugnazione determinerebbe una sorta di disparità di trattamento nei confronti del notificante. Infatti, il notificante, ove parzialmente soccombente, vedrebbe decorrere il proprio termine breve per impugnare prima della decorrenza del medesimo termine per il destinatario della notifica e prima ancora di avere la possibilità di verificare se tale notifica si sia perfezionata. Ne deriverebbe una grave disarmonia sistematica, priva di ragioni ordinamentali giustificative.^[20]

Sulla scorta delle suddette argomentazioni le Sezioni Unite rigettano il ricorso e con la sentenza in commento enunciano il seguente principio di diritto:

«In tema di notificazione della sentenza ai sensi dell'art. 326 c.p.c., il termine breve di impugnazione di cui al precedente art. 325, decorre, anche per il notificante, dalla data in cui la notifica viene eseguita nei confronti del destinatario, in quanto gli effetti del procedimento notificatorio, quale la decorrenza del termine predetto, vanno unitariamente ricollegati al suo perfezionamento e, proprio perché interni al rapporto processuale, sono necessariamente comuni ai soggetti che ne sono parti.»

[20] Così Cass. SS.UU. civ. 13 giugno 2011, n. 12898

L'IMPEGNO NELLA DECISIONE

Il valore probatorio delle decisioni con impegni: *to be or not to be*

di Carlo Edoardo Cazzato

del 20 maggio 2019

Sommario

1. Premessa
2. Un primo caso italiano nel settore della vendita di autocarri
3. Un secondo caso italiano nel settore della telefonia
4. Un recente caso comunitario
5. Impegni e private enforcement
6. Conclusioni

1. Premessa

Come noto, una buona parte dello sviluppo del contenzioso risarcitorio antitrust nel nostro paese è legato a uno dei settori considerati oggi tra i più contendibili ovvero sia quello della telefonia. Tale comparto è pacificamente ritenuto tra i meno ingessati e ciò proprio in considerazione del grande attivismo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, "Agcm" o "Autorità") nell'ambito dei suoi poteri di c.d. public enforcement, cui hanno fatto seguito numerose iniziative volte a ottenere dinanzi al Giudice ordinario il ristoro dei danni subiti.

Proprio tali dinamiche hanno portato - in Italia più che in altri ordinamenti - alla ribalta il tema oggetto del presente lavoro ovvero sia quello della efficacia probatoria di una decisione dell'Agcm ex art. 14-ter della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato" (di seguito, "Legge antitrust"), con la quale una istruttoria sia stata chiusa "senza accertare l'infrazione" ipotizzata, rendendo obbligatori gli impegni presentati da una impresa investigata.

2. Un primo caso italiano nel settore della vendita di autocarri

Il primo caso del quale intendo dare conto è il più recente, tra quelli trattati. Esso è ascrivibile al Tribunale di Milano, che con sentenza n. 9579 del 4 ottobre 2018 ha definito il primo grado del giudizio introdotto da un'impresa, esercente attività di acquisto, concessione ed esercizio di cave di granito e marmo (di seguito, "CMV"), contro una società atti-

va nella vendita di automezzi (di seguito, "I"), per ottenere il risarcimento dei danni asseritamente patiti in conseguenza della violazione della normativa antitrust. Più in particolare, l'azione di CMV era fondata sull'assunto che detta impresa avesse acquistato in data 14 ottobre 2008 da I un determinato veicolo e che la Commissione nel luglio 2016, dopo aver svolto un'inchiesta su possibili accordi collusivi aventi ad oggetto i prezzi di autocarri, avesse accertato una violazione della normativa antitrust in capo a I per avere compiuto, unitamente ad altre imprese costruttrici, accordi collusivi in materia di prezzi degli autocarri dal 1997 al 2011.

È rilevante ricordare che, nell'ambito della summenzionata istruttoria, I aveva ammesso la partecipazione al cartello dal 26 giugno 2001 al 18 gennaio 2011, con conseguente riduzione della sanzione imposta in ragione della collaborazione prestata. In definitiva, la decisione del 19 luglio 2016 era stata adottata all'esito di una procedura di settlement, di cui all'art. 10-bis del Reg. (CE) n. 773/2004 della Commissione relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli artt. 81 e 82 del Trattato CE.

Su tali assunti, con la pronuncia in questione il Tribunale di Milano è stato chiamato a chiarire, inter alia, se una decisione adottata a seguito di una richiesta di transazione sia vincolante in forza del disposto dell'art. 16 del Reg. (CE) n. 1/2003, che, recependo la giurisprudenza formatasi sul punto^[1], prevede che quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni, pratiche ai sensi degli artt.

[1] Sentenza della Corte del 14 dicembre 2000, Causa C-344/98.

101 e 102 del TFUE già oggetto di una decisione della Commissione, non possano prendere decisioni che siano in contrasto con quanto deliberato dalla Commissione.

In tale contesto, è utile ricordare che il *settlement* costituisce una procedura semplificata, che consente alle imprese investigate di giungere ad un accordo per la definizione più celere del procedimento. Lo strumento conduce all'adozione della decisione da parte della Commissione ai sensi degli artt. 7 e 23 del Reg. (CE) n. 1/2003. Il relativo procedimento assicura alle imprese l'esercizio del diritto di difesa, consentendo alle parti di effettuare una scelta dopo avere conosciuto gli elementi di prova a proprio carico, avere avuto accesso al fascicolo ed essendo state messe in condizione di essere sentite sugli addebiti. La parte che presenta la proposta di transazione compie, dunque, una scelta consapevole, essendo stata messa in condizione di esercitare i diritti di difesa *totam re cognita et perspecta*. Ulteriore garanzia per l'impresa che acceda a tale procedura è costituita dalla circostanza che il provvedimento così adottato dalla Commissione è soggetto a controllo giurisdizionale.

Su tali assunti, nel caso di specie, il Tribunale di Milano ha enfatizzato la circostanza che I, pur avendo il diritto di impugnare, vi avesse rinunciato, prestando acquiescenza alla decisione della Commissione e, quindi, riconoscendo espressamente la sua responsabilità, nonché di essere stata messa in condizione di esercitare il diritto di difesa. Da ciò è stata dedotta l'applicabilità dell'art. 16 del Reg. (CE) n. 1/2003 alle decisioni di *settlement*, perché queste ultime - a differenza di quelle con impegni, stigmatizza il Giudice - implicano un accertamento da parte della autorità amministrativa della violazione antitrust e della responsabilità dell'impresa e sono ascrivibili alle decisioni emesse ai sensi degli artt. 7 e 23 del medesimo Regolamento[2].

Per gli effetti la causa è stata rimessa sul ruolo, al fine di verificare nel concreto i limiti e la portata degli accertamenti compiuti nell'ambito del procedimento svoltosi dinanzi alla Commissione nei confronti di I e, quindi, l'effettiva sussistenza di effetti anticoncorrenziali determinatisi a carico di CMV.

3. Un secondo caso italiano nel settore della telefonia

Altro caso rilevante ai fini del presente lavoro è quello fondato sull'azione risarcitoria, introdotta sempre dinanzi al Tribunale di Milano da un operatore telefonico (di seguito, "T"), a valle del procedimento dell'Autorità A357 (di seguito, "Procedimento A357").

Il Procedimento A357, che può essere ritenuto forse il caso che più ha concorso alla maturazione del private enforcement in Italia, era stato avviato dall'Agcm nel 2005[3].

Nel luglio 2006 gli uffici inquirenti dell'Agcm comunicavano i risultati delle indagini fino ad allora svolte (di seguito, "CRI"), contestando alle imprese investigate:

- (i) l'abuso della posizione dominante collettiva detenuta da tre primari operatori telefonici nel mercato dei servizi all'ingrosso di accesso alle infrastrutture di rete mobile, realizzato attraverso il rifiuto ingiustificato di fornire l'accesso alle proprie reti mobili agli operatori terzi richiedenti;
- (ii) l'abuso della posizione dominante individuale detenuta singolarmente dai medesimi operatori telefonici nei mercati dei servizi all'ingrosso di terminazione sulle rispettive reti mobili, realizzato attraverso l'adozione di comportamenti discriminatori in favore delle proprie divisioni commerciali, consistenti nell'offerta a queste ultime terminazione fisso-mobile, per i servizi di telefonia fissa rivolti alla clientela aziendale, a condizioni più favorevoli di quelle praticate ai propri concorrenti.

Dopo aver analizzato i piani tariffari commercializzati nel periodo 2000-2005 dai tre operatori telefonici considerati per l'offerta di servizi di telefonia fissa rivolti ai clienti aziendali, gli uffici dell'Agcm giungevano nella CRI alla conclusione che un certo numero dei predetti piani tariffari contemplasse l'applicazione al cliente finale (i clienti aziendali) di un prezzo al dettaglio per le chiamate fisso-mobile di tipo on-net[4] inferiore alla tariffa all'ingrosso di terminazione fisso-mobile fatta pagare ai concorrenti. Da questa circostanza gli uffici dell'Agcm traevano argomento per formulare l'ipotesi secondo cui ciascuno dei tre gestori avesse implicitamente applicato alle proprie divisioni commerciali condizioni di terminazione fisso-mobile delle chiamate originate dai clienti aziendali più favorevoli rispetto a quelle appli-

[2] Sul tema *settlement/ private enforcement*, v., tra gli ultimi, B. Bornemann, *Cartel Damages; Liability and Settlement*, 17 ottobre 2018, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3208840>; G. Gürkaynak - O. nanılır - S. Diniz, *The Good and Evil of Leniency and Settlement Procedures in Formative Competition Law Regimes*, 1° luglio 2015, in *International Antitrust Bulletin*, Volluglio 2015, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3149331>.

[3] Agcm, A357, provv. n. 14045 del 23 febbraio 2005, in *Boll.* n. 8, 2005.

[4] Per chiamate fisso-mobile on-net si intendono le chiamate originate dalla rete fissa di un operatore e terminate sulla rete mobile del medesimo operatore. Un sottoinsieme di questa tipo chiamate è costituito dalle chiamate fisso-mobile cd. intercom (interaziendali), ovvero sia le chiamate originate da utenti registrati di una data azienda e terminate su altro utente registrato della medesima azienda.

cate agli operatori terzi, e che i prezzi praticati dalle divisioni commerciali dei predetti operatori per i servizi al dettaglio di fonia fisso-mobile rivolti alla clientela aziendale non fossero replicabili da operatori concorrenti ugualmente efficienti. In buona sostanza, l'accusa mossa ai tre operatori era quella di aver realizzato pratiche tariffarie di compressione dei margini (c.d. *margin squeeze*), e che tali condotte configurassero un abuso di posizione dominante nel mercato a monte dei servizi all'ingrosso di terminazione su rete mobile con effetti escludenti nel mercato a valle dei servizi al dettaglio di fonia fisso-mobile rivolti alla clientela aziendale.

In tale contesto, in data 10 novembre 2006, uno dei tre operatori telefonici indagati (di seguito, anche solo "V") aveva presentato una proposta di impegni ai sensi dell'art. 14-ter della Legge anti-trust, introdotto pochi mesi prima. Con provvedimento del maggio 2007, l'Agcm aveva accolto l'impegno avanzato, rendendolo obbligatorio, e per l'effetto aveva chiuso il procedimento nei confronti della sola V "senza accertare l'infrazione"[5].

L'istruttoria era dunque proseguita nei confronti delle altre imprese investigate e nell'agosto del medesimo anno l'Agcm aveva concluso il Procedimento A357 anche nei confronti dei due operatori telefonici residui, ritenendo insussistente l'ipotizzato abuso di posizione dominante collettiva supra sub (i), ma accertando il prospettato abuso di posizione dominante individuale sub (ii)[6].

Avverso il provvedimento finale n. 17131 i due operatori telefonici sanzionati presentavano ricorso dinanzi al Giudice amministrativo, che però rigettava le doglianze sollevate. Anche il provvedimento n. 16871 di accettazione dell'impegno di V veniva impugnato. Tuttavia, tutti i predetti ricorsi venivano respinti dal TAR Lazio, nonché dal Consiglio di Stato, risultando così confermato in toto la legittimità del provvedimento di chiusura del Procedimento A357 nei confronti di V senza accertamento dell'infrazione[7].

A valle della chiusura del Procedimento A357, T ha convenuto in giudizio V dinanzi al Tribunale di Milano, lamentando di essere stata vittima proprio dell'abuso di posizione dominante che l'Agcm aveva contestato a V con la CRI, ma accertato nei confronti dei soli operatori sanzionati. Più in particolare, Teleunit ha dedotto che lo stralcio della posizione di V conseguente all'accettazione degli impegni non sarebbe valsa ad escludere gli effetti dell'accertamento dell'abuso derivanti dalle risultanze dell'istruttoria condotta dall'Agcm, come deducibili nella CRI.

Con la Sentenza n. 12227/2013, il Tribunale di Milano ha definito il giudizio di primo grado, accogliendo la domanda di T.

Il Tribunale è giunto alle suddette determinazioni per quel che rileva in questa sede, affermando che l'abuso di posizione dominante di V risultasse accertato in forza del Procedimento A357, ed in particolare della decisione dell'Agcm del 24 maggio 2007 di rendere vincolanti gli impegni proposti da V, alla quale deve essere riconosciuto il valore di "prova privilegiata" (pagg. 5 e ss. della Sentenza). Passaggio di maggior rilievo ai fini del presente lavoro è l'affermazione del Tribunale di Milano, secondo cui "l'AGCM valuta le misure correttive oggetto degli impegni presentati dall'impresa ai sensi dell'art. 14-ter in relazione alla loro idoneità a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria [...] ed il dato letterale della disposizione porta a ritenere che l'esame degli impegni non possa prescindere dalla ricognizione (con esito positivo) degli aspetti anticompetitivi considerati in fase di avvio del procedimento. Si ritiene quindi che la valutazione di idoneità degli impegni da parte dell'Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità, non possa che presupporre una condotta anticoncorrenziale (e non un suo semplice sospetto) in considerazione della strumentalità dei primi per elidere conseguenze distorsive della seconda (e non per fornire regole orientative del mercato a prescindere dall'esigenza di eliminare condotte anticoncorrenziali). Ne consegue che anche alla decisione dell'AGCM con cui sono rese vincolanti le misure proposte dalle parti può riconoscersi in sede civile il valore di prova privilegiata quanto alla posizione rivestita dalla parte sul mercato ed al suo abuso". A tale conclusione il Tribunale è giunto, facendo leva (a) sia sulla sostanziale corrispondenza dei comportamenti anticoncorrenziali dei tre operatori telefonici accertati nel corso dell'istruttoria (b) sia sul richiamo dell'Agcm alle risultanze istruttorie nella valutazione degli impegni presentati da V. La pronuncia è stata confermata in appello nel 2016, nei fatti enfatizzando la circostanza che la CRI notificata a V fosse del tutto analoga a quella relativa a quella ai due operatori telefonici sanzionati. Più in particolare, secondo il Giudice di secondo grado, a fronte delle allegazioni di T, V avrebbe disatteso l'onere di provare la sua estraneità ai fatti contestati. Ancora, secondo il Giudice di secondo grado, "Ad esimersi [V] da ogni responsabilità civile nei confronti della vittima dell'illecito anticoncorrenziale non varrebbe pertanto l'a-

[5] Agcm, A357, provv. n. 16871 del 24 maggio 2007, in Boll. n. 20, 2007.

[6] Agcm, A357, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, in Boll. n. 29, 2007.

[7] TAR Lazio, Sez. I, 2008, n. 2902; Consiglio di Stato, Sez. VI, 2011, n. 2438.

ver avuto accesso alla misura riparativa che ha permesso alla società di evitare la sanzione, atteso che i lavori istruttori danno conto di una condotta sostanzialmente anticoncorrenziale, e sotto tale profilo, [V] non ha dimostrato l'infondatezza dei rilievi svolti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in sede istruttoria, in tale sede certamente valevoli come elemento di prova"[8].

4. Un recente caso comunitario

Il breve excursus di cui sopra deve essere letto, anche alla luce di una recente pronuncia comunitaria, in cui la Corte di Giustizia ha aggiunto ulteriori spunti al quadro milanese, sopra delineato[9].

L'antefatto della decisione è rappresentato da due contratti stipulati nel 1993 con un operatore petrolifero (di seguito, "R") da due persone fisiche, cui poi è subentrata una società spagnola (di seguito, "G"). Più in particolare: con il primo di tali contratti, le due persone fisiche costituivano un diritto reale di usufrutto a favore della R, per un periodo di 25 anni, su un terreno situato in Spagna e sulla stazione di servizio ivi impiantata, nonché sulla concessione amministrativa che autorizzava la gestione di tale stazione; con il secondo, R concedeva in affitto a una delle due persone fisiche considerate il terreno e la stazione di servizio, per un periodo di 25 anni, dietro pagamento di un determinato canone mensile.

Il contratto di affitto imponeva a G, per l'intera durata del contratto di affitto medesimo, di rifornirsi esclusivamente presso la R, la quale avrebbe comunicato periodicamente i prezzi massimi di vendita del carburante al pubblico e consentito all'affittuario di concedere sconti decurtandoli dalle loro commissioni, senza ridurre le entrate del fornitore.

Negli anni successivi, la Commissione avviava nei confronti di R un procedimento ex art. 101 del TFUE, ipotizzando che i contratti di fornitura in esclusiva a lungo termine, inclusi i contratti che interessavano G, sollevassero timori di incompatibilità con il divieto di intese restrittive della concorrenza, in quanto idonei a causare un importante "effetto di preclusione" dalla vendita al dettaglio di carburanti sul mercato spagnolo.

In risposta alla valutazione preliminare della Commissione, R presentava a quest'ultima proposte di impegni consistenti, in particolare, nell'astenersi dal concludere in futuro con-

tratti di esclusiva a lungo termine, nell'offrire agli affittuari di stazioni di servizio interessati un incentivo economico per porre termine ai contratti di fornitura a lungo termine in corso con R, nonché nel non acquisire, per un determinato periodo, stazioni di servizio autonome di cui essa non fosse già il rifornitore. Tali impegni venivano resi obbligatori nell'aprile 2006[10].

Nel 2008, G conveniva dunque in giudizio R dinanzi allo Juzgado de lo Mercantil n. 4 de Madrid (i.e. Tribunale commerciale di Madrid), al fine di ottenere, da un lato, l'annullamento del contratto di affitto, in quanto non conforme all'art. 101 del TFUE, e, dall'altro, il risarcimento del danno risultante dall'applicazione del suddetto contratto.

Il ricorso di G veniva respinto, in primo come in secondo grado[11]. Per gli effetti, la società ricorreva per cassazione dinanzi al Tribunal Supremo (i.e. Corte suprema di Spagna), che, ritenendo sussistenti dei dubbi circa la portata della competenza dei giudici nazionali alla luce degli artt. 9 e 16 del Reg. (CE) n. 1/2003, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia inter alia la seguente questione pregiudiziale: "Se, conformemente all'articolo 16 [...] del regolamento [n. 1/2003], la [decisione concernente gli impegni] osti a che gli accordi ivi contemplati possano essere dichiarati nulli da un giudice nazionale in considerazione della durata della clausola di fornitura in esclusiva, benché possano essere senz'altro annullati per altre cause come, per esempio, l'imposizione da parte del fornitore all'acquirente (o al rivenditore) di un prezzo minimo di vendita al pubblico".

In tale contesto, il Giudice comunitario ha ricordato che una decisione con impegni "non certifica la conformità all'articolo 101 TFUE della prassi oggetto delle preoccupazioni. Infatti, dato che, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, letto alla luce del considerando 13 di quest'ultimo, la Commissione può procedere a una mera «valutazione preliminare» della situazione concorrenziale, senza che, successivamente, la decisione concernente gli impegni adottata sul fondamento di tale articolo giunga alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione, non si può escludere che un giudice nazionale concluda che la prassi oggetto della decisione concernente gli impegni infranga l'articolo 101 TFUE e che, in tal modo, esso intenda dichiarare, a dif-

[8] C. App. Milano, Sez. I, 27 maggio 2016, n. 2108. La pronuncia, a quanto consta, è stata oggetto di ricorso per cassazione, allo stato pendente.

[9] Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 23 novembre 2017, Causa C-547/16.

[10] Cfr. Commissione, decisione 2006/446/CE del 12 aprile 2006, caso COMP/B-1/38.348, in GU 2006, L 176, pag. 104.

[11] Sentenza emessa l'8 luglio 2011, confermata in appello, con la sentenza dell'Audiencia Provincial de Madrid (Corte provinciale di Madrid, Spagna) del 27 gennaio 2014.

ferenza della Commissione, che detto articolo è stato infranto [...] Ne consegue che una decisione adottata sul fondamento dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 non è idonea a far sorgere un legittimo affidamento in capo alle imprese interessate quanto alla conformità all'articolo 101 TFUE del loro comportamento. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 39 delle sue conclusioni, la decisione concernente gli impegni non può «legalizzare» il comportamento sul mercato dell'impresa interessata, tantomeno con effetti retroattivi». A tali argomenti la Corte aggiunge un passaggio molto significativo ai fini del presente lavoro ovvero sia che, «i giudici nazionali non possono ignorare questo tipo di decisioni. Infatti, atti del genere hanno in ogni caso carattere decisorio. Inoltre, sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE».

5. Impegni e private enforcement

Le tre pronunce sopra riportate, a mio avviso, concorrono a delineare un quadro dell'istituto degli impegni ancora non ben circoscritto, in particolare nella prospettiva del private enforcement.

La premessa d'obbligo mi pare essere che il caso V ha presupposti atipici e quindi unici, fondandosi su una proposta di impegni avanzata e resa vincolante successivamente alla notifica della CRI. Circostanza che si pone in netto contrasto con la prassi successivamente registratasi presso l'AGCM, che tende a ritenere ammissibile una proposta di impegni solo ove pervenuta prima della trasmissione della CRI[12].

Ad ogni modo, mi pare che dalle pronunce sopra riportate si possa trarre conferma dei seguenti condivisibili principi, ovvero sia che le decisioni con impegni:

(i) a differenze di quelle di settlement, non comportano un accertamento dell'illecito contestato in sede di avvio;

(ii) non implicano una presunzione di innocenza in relazione all'illecito contestato in sede di avvio, stante la possibilità per il Giudice ordinario di accertare il medesimo illecito in sede risarcitoria, valorizzando ogni elemento disponibile, ivi inclusa una CRI[13].

Ciò detto, ritengo, di contro, che dalle pronunce considerate non si possano trarre due ulteriori principi che, invero, di tanto in tanto sembrano affacciarsi. A mio avviso, infatti:

(a) alla proposizione di impegni non può ascrivere una qualche valenza confessoria;

(b) alla valutazione di idoneità, al cui buon esito l'Agcm subordina l'accettazione degli impegni, non può attribuirsi il valore di un accertamento.

Provo a spiegarmi meglio.

Quanto al primo rilievo, a mio avviso, ritenere che una proposta di impegni equivalga a una ammissione di responsabilità porterebbe inevitabilmente a riconoscere una colpa in capo alla impresa che si sia fatta parte attiva.

Tale affermazione, a mio avviso, è completamente contraria alla comune esperienza, che vede fondarsi il ricorso all'art. 14-ter della Legge antitrust anche soltanto sulla aspettativa - del tutto legittima e meritevole di tutela - di sopportare dei costi aziendali, pure significativi, al fine di chiudere più rapidamente il procedimento in corso[14] e, quindi, ridimensionare tutti i costi che una istruttoria antitrust inevitabilmente ingenera. Diversamente opinando, peraltro, sul piano sistematico, non si coglierebbe alcuna differenza rispetto al settlement che, come per l'appunto evidenziato nel caso CVM, presuppone l'esplicita ammissione di responsabilità da parte della impresa investigata. Quest'ultima, proprio in ragione di ciò, verrà infatti sanzionata, cosa che non avviene nel caso di istruttorie con impegni.

Riconoscere una valenza confessoria al ricorso allo strumento in questione porterebbe, poi, a una sostanziale sterilizzazione dell'istituto considerato. Con ciò, mettendo anche a rischio l'attività della stessa Agcm, che grazie all'art. 14-ter della Legge antitrust riesce ad ottimizzare il proprio enforcement[15].

Con riferimento al valore probatorio della valutazione di idoneità svolta dalla AGCM al fine di rendere vincolanti gli impegni pervenuti, è il caso di ricordare che, già prima del D.Lgs.

[12] Sia permesso rinviare a C.E. Cazzato, Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'AGCM (anno 2015), in *Concorrenza e mercato*, Vol. 23/2016, p. 345. Contra, v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393.

[13] Sul cui valore probatorio pure ci sarebbe tanto da dire.

[14] Sulle tempistiche di un procedimento ex art. 14-ter della Legge antitrust, v. C.E. Cazzato, Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'AGCM (anno 2017), in *Concorrenza e mercato*, 2019, in corso di pubblicazione.

[15] Sull'istituto, da ultimo, cfr. C. Ritter, Remedies for Breaches of EU Antitrust Law (17 maggio 2016), disponibile su www.ssrn.com; H. Schweitzer - M. Bay, Commitments and Settlements - Benefits and Risks (12 aprile 2016), contributo presentato alla 23rd St.Gallen International Competition Law Forum (ICF) 2016 disponibile su www.ssrn.com. Sia permesso rinviare anche a C.E. Cazzato, Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'AGCM (anno 2017), in *Concorrenza e mercato*, 2019, in corso di pubblicazione.

19 gennaio 2017, n. 3, recante “Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea”, la Suprema Corte aveva affermato che “la decisione dell’Autorità Garante o dei Giudici amministrativi, che definitivamente confermano o riformano tale decisione, riveste un ruolo significativo nell’accertamento dell’intesa, della pratica concordata o dell’abuso di posizione dominante, costituendo prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso”, fermo restando il diritto delle parti nel giudizio civile instaurato per il risarcimento dei danni di offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie^[16]. Tuttavia, come risulta chiaro dalla predetta sentenza e dalle conformi pronunce successive^[17], le decisioni dell’Agcm a cui poteva essere riconosciuto il valore di “prova privilegiata” erano solo le decisioni di accertamento, ovvero sia i provvedimenti finali, resi ai sensi dell’art. 15, comma 1, della Legge antitrust, che concludono l’istruttoria accer-

tando l’effettiva sussistenza dell’infrazione contestata all’impresa. Sia la sentenza n. 3640/2009, sia le numerose sentenze successive facevano, infatti, tutte riferimento alle decisioni che contengono un “accertamento” dell’infrazione. Completamente diverse da questo tipo di decisioni sono, invece, quelle previste dall’art. 14-ter della Legge antitrust, che, per l’appunto, non determinano alcun accertamento di infrazione.

D’altro canto, la procedura prevista dall’art. 14-ter impone unicamente all’Agcm di stabilire - in chiave meramente teleologica^[18] - se le misure proposte dall’impresa siano idonee a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria, così come prospettati dall’Autorità in sede di avvio, ma senza compiere alcuna verifica in merito alla loro effettiva sussistenza.

Quanto qui affermato, oltre ad emergere dal tenore letterale della norma in commento, trova espressa e concorde conferma: (i) nella ricostruzione operata dalla stessa Agcm della funzione propria delle decisioni con impegni nel provvedimento finale del Procedimento A357^[19]; (ii) nelle dichiarazioni della Commissione europea^[20]; (iii) nella maggioritaria dottrina^[21].

Pertanto, nel caso in cui il procedimento sia stato chiuso con

[16] Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640.

[17] Cfr., tra le altre, Cass., Sez. III, 29 maggio 2013, n. 13456; Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039; Cass., Sez. III, 31 agosto 2011, n. 17891.

[18] C. Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Napoli, 2015, p. 232.

[19] In cui è stato osservato che “La decisione ai sensi dell’art14-ter presuppone la mera prefigurazione di un’ipotesi di violazione della normativa di concorrenza. L’atto di avvio dell’istruttoria infatti può basarsi su ragionevoli supposizioni dell’esistenza di una violazione alle regole di concorrenza. L’oggetto dell’atto di avvio può quindi riguardare una serie di elementi che prima facie, indipendentemente dall’accertamento istruttorio che non è ancora stato svolto, sollevano preoccupazioni concorrenziali. È, dunque, un oggetto assai più indefinito ed ampio dell’oggetto della pronuncia di accertamento. All’Autorità non incombe alcun onere probatorio, essa dovrà limitarsi a valutare l’idoneità” degli impegni, cioè la loro capacità sul piano tecnico effettuale di risolvere il problema delineato nell’atto di avvio. Assai diversa è la situazione nella procedura di accertamento ordinaria. In quest’ultima, incombe sull’Autorità (articolo 2 del Regolamento 1/03, che è però espressione di un principio generale immanente agli ordinamenti dello Stato di diritto) l’onere di dimostrare l’avvenuta realizzazione di un illecito antitrust. Ciò comporta che l’Autorità deve dimostrare in modo convincente, al di là di ragionevoli dubbi, che risultano integrati tutti gli elementi delle varie fattispecie antitrust, così come puntualmente delineati dall’ingente messe di precedenti giurisprudenziali. La mancanza anche di un solo elemento, ritenuto costitutivo dalla giurisprudenza consolidata, impedisce di accertare la positiva realizzazione dell’illecito. Ecco allora che l’oggetto dell’accertamento si sostanzia nella verifica se i fatti accertati in istruttoria possano essere sussunti nelle fattispecie di illecito, come dettagliatamente delineate dalla giurisprudenza. Tali diverse discipline danno luogo alle diverse ratio delle due procedure. Quella di cui all’articolo art14-ter, mira a risolvere un problema di concorrenza, del tutto indipendentemente dall’accertamento puntuale di una violazione delle regole di concorrenza, valorizzando il consenso dei privati, che giuridicamente hanno la disponibilità della stessa. Invece, la procedura ordinaria di accertamento è volta appunto a verificare se si è storicamente realizzata una violazione delle regole di concorrenza; è dominata dall’iniziativa d’ufficio, soggiace all’onere della prova e, in caso di accertamento positivo, ha come esito un provvedimento precettivo che impone una diffida e, nei casi gravi, anche una sanzione” (§372).

[20] Secondo cui “Article 9 decisions [cioè le decisioni con impegni di cui all’articolo 9 del Regolamento 1/2003 corrispondenti alle decisioni previste dall’art. 14-ter della l. 287/90] are silent on whether there was or still is a breach of the EU competition rules. Thus a customer or a competitor possibly seeking private enforcement in national courts still needs to prove the illegality of the former behaviour to obtain compensation for damages” (MEMO/04/217 della Commissione del 17 settembre 2004, Commitment decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour), pubblicato sul sito web http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-217_en.htm). Il concetto si trova espresso anche nella Comunicazione della Commissione 2011/C 308/06 sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE, secondo cui “La differenza principale tra una decisione di divieto ai sensi dell’articolo 7 e una decisione relativa agli impegni ai sensi dell’articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003 è che la prima contiene la constatazione di un’infrazione, mentre la seconda rende gli impegni vincolanti senza stabilire se vi sia stata o se perduri ancora un’infrazione”.

[21] Cfr., tra i tanti, C. Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Napoli, 2015, pp. 230 e ss.; F. Cintioli, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, in *Giur.comm.*, 2008, I, 134 e ss.; G. Sepe, *Le decisioni con impegni*, in A. Catricalà - P. Troiano, *Codice commentato della concor-*

impegni, la decisione dell'Agcm non potrà che avere al più una mera valenza indiziaria, essendo rimesso all'attore ex art. 2697 c.c. ogni sforzo necessario e sufficiente a fornire evidenza della fondatezza delle proprie tesi. L'azione introdotta non potrà dirsi, dunque, una follow-on, salvo che l'attore sia nelle condizioni di produrre evidenze sufficienti a corroborare il quadro indiziario così delineato.

Quanto sopra sembra coerente con il contesto normativo delineatosi successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 3/2017: se, infatti, da un lato, quest'ultimo all'art. 7 riconosce dignità di prova alla violazione del diritto della concorrenza che sia stata "constatata" da una decisione dell'Autorità, dall'altro, la Legge antitrust all'art. 14-ter, co. 1, continua a prevedere che l'Agcm possa ricorrere a tale strumen-

to quando sussistano gli estremi per "far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria".

6. Conclusioni

Su tali assunti, ritengo che allo stato alle decisioni con impegni non possa riconoscersi altro valore, se non quello di meri indizi, come tali, irrilevanti sotto il profilo probatorio, se non corroborati da evidenze precise e concordanti a conferma dell'accertamento del preteso illecito.

Diversamente opinando, si finirebbe con l'assottigliare artificiosamente la linea di demarcazione tra l'istituto di cui all'art. 14-ter della Legge antitrust e il settlement, nonché con il valorizzare oltremodo la valutazione teleologica svolta dall'Agcm a valle della proposta di impegni ricevuta.

renza e del mercato, Torino, 2010, pag. 266, secondo cui "Poiché le decisioni assunte ai sensi dell'art. 9 non prendono posizione in ordine all'eventuale esistenza di una infrazione, esse non possono essere utilmente invocate nei procedimenti civili dai soggetti che assumano di essere stati indebitamente lesi dalla condotta asseritamente anticoncorrenziale posta in essere dalle imprese interessate. Al contrario, il giudice adito nelle azioni di nullità e di risarcimento del danno dovrà accertare autonomamente la sussistenza dell'illecito antitrust"; I. Kawka, Rights of an Undertaking in Proceedings Regarding Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 5, No. 6, 2012, pag. 169 e s., disponibile su <http://ssrn.com/abstract=2130862>; C.I. Nagy, Commitments as Surrogates of Civil Redress in Competition Law: The Hungarian Perspective, in *European Competition Law Review*, Vol. 33, No. 11, 2012, pag. 531, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=2232041>, secondo cui "the competition authority may put the procedure to an end without imposing a fine and establishing the illegality of the conduct, while the undertaking may assume voluntary commitments without admitting the mischief".

RECLAMO IN MATERIA DI CRISI E INSOLVENZA

L'impugnazione ex art. 111 Cost. dei reclami in materia fallimentare: un dibattito mai finito

di Caterina Pasini

del 21 maggio 2019

Sommario

1. Introduzione: il controllo sugli atti e le omissioni del curatore e del comitato dei creditori ex art. 36 l. fall.
2. La natura del decreto del tribunale: la decisorietà e la definitività nella volontaria giurisdizione (Prima parte)

1. Introduzione: il controllo sugli atti e le omissioni del curatore e del comitato dei creditori ex art. 36 l. fall.

Con il presente scritto ci si pone l'obiettivo di esaminare il problema dell'impugnabilità con ricorso straordinario in Cassazione, ex art. 111 Cost., dei provvedimenti su reclami in materia fallimentare. In particolare, vorrei concentrare l'attenzione sui decreti scaturenti dal riesame di atti di ammini-

strazione del curatore.

Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare trova la propria disciplina generale negli artt. 26 e 36 l. fall., combinato di norme che può essere individuato come modello di procedimento camerale impugnatorio^[1].

Se, tradizionalmente, il dibattito giurisprudenziale^[2] degli ultimi decenni si è incentrato in misura maggiore sui profi-

[1] Pagni, Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale, in *Il fall.*, 2007, 2, p. 141. Di parziale diverso avviso Fabiani, Nuovi equilibri fra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l. fall., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 812. L'A., in riferimento all'art. 26 l. fall., osserva come il novellato disposto dell'articolo, deputato a governare i rimedi avverso i decreti pronunciati dal giudice delegato, ed ora anche del tribunale, ambisce a divenire il modello di riferimento per diversi procedimenti impugnatori, sparsi qua e là nella legge fallimentare, anche se non lo si può definire un procedimento camerale concorsuale uniforme, in quanto molteplici sono le varianti, talune con connotati caratterizzanti minimi, altre dotate di pregnanti profili di autonomia. Pajardi, Codice del fallimento, sub art. 26, Milano, 2013, p. 393.

[2] In relazione a tale norma si ricordi il dibattito giurisprudenziale relativo alla determinazione del momento di decorrenza del termine per il reclamo. Cfr Corte cost. n. 42 del 23 marzo 1981, in *Banca borsa tit. credito*, 1981, II, 260 per cui è illegittimo per contrasto con l'art. 24 cost., l'art. 26 in relazione all'art. 23 r.d. 16 marzo 1942 n. 267 nella parte in cui assoggetta al reclamo al tribunale, disciplinato nel modo ivi previsto, i provvedimenti decisori emessi dal giudice delegato in materia di piani di riparto dell'attivo, perché non sono adeguatamente garantiti sia l'effettivo esercizio dell'azione in giudizio, sia la difesa della parte nel corso del procedimento (conf. Corte Cost. n. 303 del 22 novembre 1985 che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 26 comma primo l.f. nella parte in cui fa decorrere il termine di tre giorni per il reclamo al tribunale dalla data del decreto del giudice delegato anziché dalla data della comunicazione dello stesso ritualmente eseguita; Corte Cost. n. 55 del 24 marzo 1986, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 26 comma primo, secondo e terzo, nella parte in cui si assoggettano a reclamo al tribunale, nel termine di tre giorni decorrenti dalla data del decreto del giudice delegato, anziché dalla data della comunicazione dello stesso debitamente eseguita, i provvedimenti del giudice delegato alla amministrazione controllata con contenuto decisorio su diritti soggettivi; Corte Cost. n. 156 del 27 giugno 1986 che dichiara l'incostituzionalità nella parte in cui si assoggettava al reclamo al tribunale nel termine di tre giorni decorrente dalla data del decreto del giudice delegato anziché dalla data di comunicazione dello stesso debitamente eseguita i decreti, adottati dal giudice delegato, di determinazione dei compensi ad incaricati per opera prestata nell'interesse della procedura di amministrazione controllata.

li di legittimità costituzionale^[3] dell'art. 26 l. fall.^[4], il sistema dei reclami previsto dall'art. 36 l. fall. acquisisce oggi progressiva e sempre maggiore importanza a séguito della riforma della legge fallimentare del 2006 che ha comportato una traslazione della gran parte dei poteri amministrativi, processuali e negoziali in capo al curatore e di controllo sul merito, sulla convenienza, sull'opportunità delle scelte, in capo al comitato dei creditori. Ciò, per così dire, a discapito del giudice delegato, cui sono stati sottratti molti degli originari poteri di direzione, rimanendo quest'ultimo incaricato del ruolo sostanziale di sorvegliante della legittimità delle operazioni procedurali^[5].

Il sopra descritto spostamento di competenze ha portato con sé non solo un mutamento nei sistemi di controllo e nella loro impostazione processuale ma anche un incremento, rispetto al passato, delle ipotesi d'intervento sull'operato o sul comportamento omissivo di soggetti diversi dal giudice delegato, figura destinata appunto ad un ruolo recessivo rispetto a quello, oggi centrale, del curatore e del comitato dei creditori^[6].

Un simile incremento è occasione per approfondire il tema della natura degli atti suscettibili di reclamo ex art. 36 l. fall.^[7] e la loro collocazione a livello sistematico.

Il reclamo è lo strumento tradizionalmente utilizzato dall'ordinamento per assicurare il doppio grado di giudizio nella vo-

[3] Nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. n. 2255 del 9 aprile 1984 in Foro it., 1984, I, p. 2239 che specifica come la sentenza della Corte Cost. n. 42 del 1981 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 26 l. f. comporta l'eliminazione non dell'istituto del reclamo, unitariamente considerato, ma solo della sua regolamentazione positiva con conseguente applicazione delle norme generali degli artt. 737-742 c.p.c.; Cass. civ. n. 775 del 5 febbraio 1985, in Il fall. 1985, p. 916, per cui "il reclamo al tribunale, avverso i procedimenti decisorii del giudice delegato, a séguito della pronuncia di parziale incostituzionalità dell'art. 26 l.f. di cui alla sentenza della Corte Cost. n. 42 del 1981, è proponibile nel termine di dieci giorni dalla data del deposito dei suddetti provvedimenti, in applicazione delle norme generali che regolano il rito camerale (art. 739 e ss. c.p.c.); Cass. civ. n. 1391 del 10 febbraio 1987, in Il fall., 1987, p. 490, per cui con riguardo a tutti i provvedimenti di natura decisoria, resi dal giudice delegato del fallimento, l'esperibilità del reclamo al tribunale fallimentare (con la conseguente esclusione della diretta ricorribilità per cassazione), ai sensi dell'art. 26 l.fall., non è stata eliminata dagli interventi della Corte costituzionale di cui alle sentenze n. 42 del 1981, n. 303 del 1985 e n. 55 del 1986, i quali, implicando la declaratoria d'illegittimità delle modalità procedurali contemplate dalla citata norma, in relazione ai principi della garanzia del contraddittorio, dell'obbligo della motivazione e della congruità del termine d'impugnazione, operano nel senso di rendere applicabili in proposito le disposizioni generali del rito camerale (art. 737 ss. c.p.c.) e, in particolare, la norma attinente al termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo medesimo, con decorrenza non dalla data del provvedimento, ma da quella della sua comunicazione (mentre il termine di tre giorni resta applicabile con riguardo al reclamo contro i provvedimenti ordinatori, ma sempre con decorrenza dalla suddetta comunicazione).

[4] L'art. 26 comma 1 l.f. prevede che: "Salvo sia diversamente disposto, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, può essere proposto reclamo al tribunale o alla corte d'appello, che provvedono in camera di consiglio".

[5] Pajardi, Paluchowski, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2008, p.208 ss.

[6] Sul "demansionamento" del giudice delegato, Fabiani, op. cit., Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, p. 811.

[7] La sfera degli atti reclamabili, nell'odierna formulazione è individuata negli atti di gestione del curatore, negli atti e nei dinieghi di autorizzazione del comitato dei creditori, nei comportamenti omissivi così come nei pareri e nelle omissioni del comitato dei creditori a essi connesse. Quanto, in particolare, agli atti del curatore, si ritiene siano impugnabili tanto gli atti di ordinaria quanto quelli di straordinaria amministrazione. Un punto non del tutto pacifico riguarda l'ipotesi in cui gli atti del curatore siano sottoposti alla preliminare autorizzazione del comitato dei creditori o del giudice delegato (ex art. 104 ter l. fall.) e se il reclamo ex art. 36 l. fall. sia limitato all'operato del curatore o, al contrario, allargato anche all'autorizzazione che ne funge da presupposto. Vedi Abete, sub art. 36, in Il nuovo diritto fallimentare, a cura di Jorio, Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 607; Scarselli, Gli organi preposti al fallimento, in Bertacchini, (et al.), Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2007, p. 109.. In ogni caso, è stato osservato da Pagni, op. ult. cit., p. 426, che l'eventuale autorizzazione ottenuta rispetto all'atto non preclude che quest'ultimo possa essere impugnato, purché il vizio lamentato riguardi l'atto stesso e non l'autorizzazione a porlo in essere. Così, se sussiste un interesse al reclamo, anche le eventuali autorizzazioni del comitato dei creditori o del giudice delegato potranno essere impuguate, rispettivamente, con il rimedio dell'art. 36 e dell'art. 26 l. fall. In ogni caso la giurisprudenza di legittimità esclude che tali provvedimenti autorizzativi possano essere impugnati con ricorso straordinario in Cassazione poiché intrinsecamente revocabili e privi di rilevanza esterna. Sul punto vedi Cass. 19 giugno 2008, n. 16645, in Guida dir., 2008, 50, 112 che in tema di autorizzazione alla stipula di una transazione, sostiene come questa non abbia natura decisoria, ossia contenuto sostanziale di sentenza, poiché non riguarda le funzioni cognitive degli organi fallimentari né una controversia su diritti soggettivi. Per l'iter logico dei giudici l'esclusione dell'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost. deriva dal fatto che il provvedimento è sempre revocabile e comunque privo di rilevanza esterna, inquadrandosi nell'ambito dell'esercizio delle funzioni tutorie del giudice delegato e del tribunale fallimentare, le quali integrano i poteri negoziali del curatore fallimentare abilitandolo a compiere un determinato atto. Sono dunque estrinsecazione di una funzione integrativa ossia la rimozione del limite posto all'esercizio di una facoltà o un potere di cui il soggetto autorizzato è già investito, insuscettibili di risolversi nell'attribuzione di un bene della vita con forza di giudicato e pregiudicare l'esito della controversia. Conforme Cass. civ. 20 ottobre 2006, n. 22628 in 20/10/2006, in Mass. giust. civ. 2006, 10 nel ritenere che l'atto che autorizza il curatore a definire transattivamente il fallimento abbia natura ordinatoria e non incida su diritti soggettivi, sia dunque privo di definitività e di idoneità al giudicato. In tema di provvedimenti autorizzativi del giudice delegato e del tribunale, Cass. civ. 16 luglio 2005, n. 15094; Cass. 28 giugno 2002, n. 9489, entrambe reperibili sul sito www.iusexplorer.it; Cass. civ. 21 luglio 1981, n. 4685, in Mass. giust. civ. 1981, fasc. 7. Sono impugnabili con reclamo ex art. 36 l.f., le attività e decisioni prese dal curatore in merito, ad esempio, ai c.d. "contratti pendenti", vedi Pajardi, Paluchowski, op.cit., p. 457 ss..

lontaria giurisdizione[8], si svolge in camera di consiglio secondo lo schema impianto previsto dagli art. 739 ss. c.p.c.[9], con uno schema procedimentale per tradizione destinato a funzioni diverse da quelle di decidere e di disporre su richieste di tutela, cognitiva o esecutiva, di diritti soggettivi.

Poiché pare che il bisogno di tutela scaturente dall'attività omissiva o commissiva del curatore o del comitato dei creditori[10] possa, in alcuni casi, incidere su diritti soggettivi, è interessante approfondire la (apparente) dicotomia tra il tipo di attività giurisdizionale esercitata e lo strumento processuale di tutela offerto.

Quello in camera di consiglio, in effetti, nasce come procedimento strutturato per l'esercizio di funzioni non contenziose. È dato ormai acquisito, però, che tale procedimento sia oggi utilizzato anche, e in alternativa, al processo ordinario previsto dal codice di rito per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status. Così, con il medesimo sistema di regole, non solo si disciplinano i procedimenti di giurisdizione volontaria pura, non contenziosa, ma si decidono altresì istanze aventi ad oggetto l'aggiudicazione di diritti.

L'ambito dei reclami endo-fallimentari rappresenta allora un buon terreno per approfondire le modalità di utilizzo del procedimento in camera di consiglio in ipotesi contenziose o simil-contenziose.

Simili forme di giurisdizione civile definita "oggettiva" su diritti soggettivi, esercitate con il procedimento camerale, si sono affermate nel tempo con sempre maggior diffusione, in

particolare nella legislazione speciale e, spesso, il loro coordinamento con le garanzie costituzionali è stato complicato da una formulazione procedurale non sempre impeccabile[11].

In linea generale, i provvedimenti in materia di giurisdizione volontaria, tradizionalmente, possono produrre da soli effetti di diritto sostanziale (giurisdizione formalmente volontaria) oppure concorrere a formare un atto di diritto sostanziale costituendone un elemento integrativo dell'efficacia (giurisdizione sostanzialmente volontaria)[12]. In tal caso, si pongono quali elementi secondari, in funzione predisponente o autorizzante, di fattispecie complesse. Non costituiscono, cioè, fattispecie compiute ma determinano parzialmente la forma e il contenuto di futuri atti di diritto sostanziale o concorrono in modo immediato a costituire fattispecie giuridiche che hanno negli atti di diritto sostanziale giudiziariamente autorizzati i loro elementi finali principali.

Nelle procedure concorsuali, però, i provvedimenti conclusivi scaturenti dalla procedura camerale si differenziano rispetto alla definizione generale riferita alla giurisdizione volontaria. Questi, infatti, non predispongono o realizzano elementi di una fattispecie il cui elemento finale o principale è un atto di diritto sostanziale bensì integrano una compiuta fattispecie di per sé sola produttiva di effetti sostanziali[13], tanto che parte della giurisprudenza e dottrina, addirittura, dubita che la qualificazione di giurisdizione volontaria possa essere riferita anche a tali attività[14].

[8] Ciò in linea del tutto generale poiché ci sono casi in cui il procedimento di volontaria giurisdizione di conclude con sentenza, da impugnare con il mezzo dell'appello (art. 313 c.c., art. 277, artt. 724 e 728 c.p.c.) così come vi sono casi espressamente dichiarati dalla legge non impugnabili, (senza nemmeno la possibilità del ricorso ex art. 111 Cost., attesa l'inidoneità al giudicato dei provvedimenti in discorso, in quanto revocabili e modificabili in ogni tempo, a norma dell'art. 742 c.p.c. Si pensi in materia di arbitrato, l'art. 813-bis c.p.c. in merito alla ordinanza del Presidente del Tribunale che decide sulla decadenza dell'arbitro e l'art. 815 in merito a quella che provvede sulla ricsuazione dell'arbitro. In materia specificamente fallimentare si pensi all'art. 39 (come modificato dall'art. 37 del d.legisl. 9 gennaio 2006, n. 5), l'art. 104 (nel testo sostituito dall'art. 90 del d.legisl. 9 gennaio 2006, n. 5) e gli artt. 162 e 163 l.fall. (come sostituiti dall'art. 12 del d.legisl. 12 settembre 2007, n. 169).

[9] Integrati dalle disposizioni della legge fallimentare quale legge speciale rispetto al c.p.c.

[10] Montesano, sub Giurisdizione Volontaria, in Enciclopedia Giuridica, Roma.

[11] Montesano, Giurisdizione Volontaria, in Enciclopedia Giuridica, Roma. Tale atecnicità è spesso colmata grazie al richiamo alle affinità tra cognizione camerale e sommaria (ad esempio, vi è una medesima concezione del rispetto del principio del contraddittorio alla cui compressione deve seguire sempre una fase contraddittoria).

[12] Luiso, Manuale di diritto processuale, vol. IV, Milano, 2013, p. 305.

[13] Montesano, Giurisdizione Volontaria, in Enciclopedia Giuridica, Roma.

[14] Montesano, La tutela giurisdizionale dei diritti, Torino, 1985, p. 24 ss. il quale evidenzia come diversamente da quelle di giurisdizione volontaria pura "le attività giudiziarie relative ai provvedimenti di per sé soli produttivi di effetti sostanziali hanno strettissima affinità per il loro contenuto e per la loro funzione con altri provvedimenti che nulla o pochissimo hanno di "camerale". Appartengono cioè a quella sfera di giurisdizione civile per cui si è proposta la qualifica di "oggettiva", volendosi con tale qualifica, porre l'accento su ciò, che i provvedimenti in discorso concludono procedimenti che non sono messi in moto da richieste di tutela di diritti soggettivi o solo di diritti soggettivi, ma insieme avvertendo che la loro incidenza su diritti soggettivi comporta la necessità sistematica, anzi di legittimità costituzionale, che quei procedimenti o abbiano in sé le caratteristiche sufficienti a farne "dovuti processi legali" a tutela dei diritti incisi, o che questa tutela sia assicurata in via di ordinaria azione civile contenziosa atta a rimuovere le lesioni dei diritti inerenti al provvedimento di giurisdizione "oggettiva". Fazzalari, Procedimento camerale e tutela dei diritti, in Riv. dir. proc., 1988, 909 ss., in relazione al concetto di "dovuto processo legale" in materia di diritti soggettivi.

Si assiste, peraltro, a un'applicazione del sistema dei reclami rispetto a decisioni che non scaturiscono da un giudice ma da un soggetto che, seppur portatore di un interesse pubblico all'interno della procedura concorsuale, non ha poteri giurisdizionali, ossia il curatore.

Il controllo sugli atti e le omissioni del curatore e del comitato dei creditori è affidato al reclamo disciplinato dall'art. 36 l. fall.[15]. Il giudice delegato con decreto motivato e, in seconda istanza, il tribunale con decreto non ulteriormente impugnabile debbono, qualora richiesti[16] effettuare un controllo che potrà avere ad oggetto solo la legittimità dell'atto o omissione riguardante la procedura, essendo la possibilità di sindacato e di reclamo limitata all'ipotesi di violazione di legge[17].

Quanto al procedimento il dato normativo non offre particolari indicazioni[18] e tale assenza di binari entro cui inserire l'iter processuale non è stato del tutto colmato dall'esperienza applicativa dell'istituto.

2. La natura del decreto del tribunale: la decisorietà e la definitività nella volontaria giurisdizione (prima parte)

Questa riveduta funzione del procedimento camerale, adattabile ad attività diverse da quella di giurisdizione volontaria, porta con sé l'interrogativo se tali decisioni possano essere a loro volta impuginate con ricorso straordinario in Cassazione

ai sensi dell'art. 111 Cost.

Quanto al requisito formale, ossia la natura di decreto dei provvedimenti in questione, è noto[19] come la giurisprudenza ormai risalente abbia legato la possibilità di impugnazione al concetto di sentenza in senso sostanziale. Non vincola, quindi, la forma del provvedimento ex art. 132 c.p.c. quanto il suo contenuto, che deve essere quello di definire un giudizio in materia di diritti soggettivi, secondo quanto disposto dall'art. 279 c.p.c.[20]. Si deve trattare, però, di provvedimenti che pur non avendo la forma di sentenza e non producendo il giudicato pieno previsto e disciplinato dall'art. 2909 c.c., dispongano sull'oggetto della loro decisione in modo irretrotrattabile[21] e cioè consumino su quell'oggetto la normale potestà giudiziaria di provvedere, salva naturalmente la possibilità di impugnazione straordinaria.

Qualora il provvedimento impugnando non abbia la forma della sentenza ma, ad esempio, del decreto motivato e sia epilogo di un procedimento giudiziario non ordinario ma, ad esempio, camerale (com'è nel caso del reclamo ex art. 36 l.f.), la giurisprudenza non si è soffermata sul dato formale ma ha individuato nei due indici rivelatori della decisorietà e nella definitività del provvedimento, comunque qualificato, la cartina di tornasole della possibilità di impugnazione con il rimedio straordinario previsto dalla Costituzione[22].

Con il primo requisito, secondo una tradizionale definizione

[15] L'art. 36 l.f. prevede che: "Contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge, entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla data della comunicazione del decreto medesimo. Il tribunale decide entro trenta giorni, sentito il curatore e il reclamante, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame. Se è accolto il gravame concernente un comportamento omissivo del curatore, questi è tenuto a dare esecuzione al provvedimento dell'autorità giudiziaria. Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del comitato dei creditori, il giudice delegato provvede in sostituzione di quest'ultimo con l'accoglimento del reclamo." Se l'istituto è stato poco utilizzato sino alla novella della legge fallimentare, dopo il 2006 ci si attendeva un utilizzo più elevato del reclamo ex art. 36 l.f., sino ad allora considerato, come osservato da Fabiani, op. cit., in Riv. trim. dir. proc., 2007, p. 812, un "incidente occasionale nella procedura liquidatoria". Nella realtà, però, tale incremento nella proposizione non può dirsi realizzato secondo numeri degni di nota come ci si riserva di osservare nella sezione dedicata alla giurisprudenza sul tema.

[16] La legittimazione attiva, recita l'art. 36 comma 1 l.f., spetta "al fallito e ad ogni altro interessato".

[17] Pagni, I reclami. Sospensione feriale dei termini, in Fauceglia, Panzani, Fallimento e altre procedure concorsuali, vol. 1, Milano, 2009, p. 424 ss.

[18] Pagni, op. ult. cit., p. 426 che definisce l'iter processuale dei due gradi di giudizio come "tutto da definire"; Fabiani, op. cit., p. 813 riferisce a tale assenza di indicazioni una ricerca di semplificazione del procedimento.

[19] È ormai molto risalente la sentenza cui si deve la creazione della problematica categoria processuale della c.d. "sentenza in senso sostanziale", cui è seguita una quantità notevole di ricorsi in cassazione: Cass. Sez. Un. del 30.07.1952 n. 2593, in Giur. it., 1954, I, 453, annotata da Azzolina, in Foro it., 1953, I, 1248.

[20] Ricci G.F, Diritto processuale civile, vol. II, Torino, 2012, p. 199.

[21] Montesano, sub Giurisdizione Volontaria, in Enciclopedia Giuridica, Roma.

[22] L'argomento è stato approfondito in particolare nel diritto di famiglia ove sono molte le pronunce circa la natura decisoria e definitiva di provvedimenti diversi da sentenza. Ex multis, in materia di esercizio della potestà genitoriale, Cass., n. 18977 del 8 agosto 2013, in Mass. giust. civ., 2013, per cui il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c., con il quale il giudice abbia irrogato una sanzione pecuniaria o condannato al risarcimento dei danni il genitore inadempiente agli obblighi posti a suo carico, riveste i caratteri della decisorietà e della definitività all'esito della fase del reclamo ed è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. Resta ferma, invece, l'inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, secondo Cass., 13 settembre 2012 n. 15341, Dir. fam. e pers.

ne, s'intende l'astratta idoneità del provvedimento in esame a decidere o incidere su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo o di status con l'efficacia propria della cosa giudicata^[23]. In altre parole e con riserva di meglio approfondire il tema, nel caso di una statuizione che incida sul modo di essere della situazione giuridica dedotta nel processo, il provvedimento si caratterizza per essere decisorio.

Quanto al secondo indice, quello della definitività, il requisito si considera di norma integrato laddove non sia rinvenibile, tra i mezzi processuali a disposizione, uno strumento idoneo a ridiscutere il provvedimento proprio in quel contenuto decisorio sopra individuato: sia impossibile, in altre parole, un riesame della statuizione.

Di norma, in effetti, contro il decreto motivato che decide su ricorso camerale in materia di giurisdizione volontaria non è prevista ulteriore impugnazione, essendo generalmente escluso dalla giurisprudenza l'applicabilità del ricorso straordinario ex art. 111 Cost.

Tali decreti, infatti, non sono decisori né definitivi^[24].

Se, però, come si sostiene, il modello camerale, pur disegnato come procedimento dedicato all'attività di volontaria giurisdizione, può essere utilizzato anche come strumento per aggiudicare diritti e può dunque espandersi ammantandosi di forme ordinarie, disegnando un processo a contenuto oggettivo^[25] allora il decreto emesso in sede di reclamo potrebbe decidere in modo definitivo su diritti soggettivi e dunque essere ricorribile ex art. 111 Cost.

Del resto, è stato osservato^[26] - e l'evoluzione in ambito concorsuale ne è dimostrazione - che escludere in toto l'utilizzabilità del ricorso straordinario in un ambito così com-

plesso priva della funzione nomoflattica un ampio settore del diritto con la conseguente compresenza di opinioni diverse a seconda del giudice di merito che ha pronunciato il reclamo a discapito di un, seppur minimo, orientamento di base nell'applicazione delle norme.

Nel sistema del diritto fallimentare post riforma del 2006, peraltro, incentrato sui poteri di gestione del curatore, autorizzati dal comitato dei creditori, composto da soggetti spesso non dotati di conoscenze tecniche sufficientemente solide, assicurare il ricorso straordinario avverso i reclami ex art. 36 l. fall. assicurerebbe anche una maggiore uniformità del diritto con effetto garantista a beneficio della tenuta del sistema fallimentare stesso.

Ciò sinteticamente premesso, uno dei passaggi obbligati per rispondere al quesito della ricorribilità ex art. 11 Cost. del decreto emesso in sede di reclamo ex art. 36, comma 2, l. fall., sta nel verificare se questo sia dotato appunto dei requisiti di decisorietà e definitività.

La risposta a tale quesito si connota per particolare difficoltà. Secondo il sistema previsto dall'art. 36 l. fall. la violazione di legge che funge da presupposto per l'ammissibilità del reclamo è esaminata in prima battuta dal giudice delegato, incaricato, nella sua funzione di controllo e soluzione di conflitti tra organi, tra organi e terzi e tra organi e creditori, di prendere in considerazione eventuali profili di illegittimità dell'atto (o dell'omissione) del curatore o del comitato dei creditori^[27]. Il decreto motivato pronunciato dal giudice delegato, emesso una volta sentite le parti e omettendo ogni formalità non indispensabile al contraddittorio, potrà ulteriormente essere oggetto di sindacato, nel termine di otto giorni dalla sua comunicazione, di fronte al tribunale che

(ll), 2013, 3, 810 avverso i provvedimenti che limitano od escludono la potestà (art. 317-bis c.c.) o ne pronunciano la decadenza (art. 330 e 332 c.c.); Cass., 10 maggio 2013, 11218 in Mass. giust. civ., 2013, invece, afferma che il decreto pronunciato dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione personale concernenti l'affidamento dei figli ed il rapporto con essi, ovvero la revisione delle condizioni inerenti ai rapporti patrimoniali fra i coniugi ed il mantenimento della prole ha carattere decisorio e definitivo ed è, pertanto, ricorribile in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. mentre è inammissibile per Cass., 2 febbraio 2012, n. 1518, sul sito www.dejure.giuffre.it, il ricorso straordinario in cassazione avverso l'ordinanza della corte d'appello di rigetto del gravame proposto avverso il decreto di sequestro ex art. 156 c.c., trattandosi di provvedimento di natura cautelare, non decisorio, né definitivo.

^[23] Frasca, op. cit., p. 306 ss. che si sofferma sulla natura elastica della definizione di decisorietà, comprendente sia le ipotesi in cui il provvedimento decide su una controversia di natura contenziosa, componendo un conflitto, sia il caso, per certi più sfumato, in cui il provvedimento si limita ad incidere su diritti soggettivi e/o status. In tale ultimo senso l'A. sottolinea come il terreno di coltura di tale incidenza sia propria la variegata area applicativa dei procedimenti camerale. Non tanto nelle ipotesi di c.d. "cameralizzazione dei diritti", ove il giudice pacificamente decide, quanto in quei casi in cui il procedimento camerale trova applicazione a tutela di un interesse o più interessi da comporre tra loro, sfera applicativa questa in cui la Cassazione ha svolto interpretazioni variegata, effettuate caso per caso, per mezzo di un iter logico teso ad avvalorare le modalità di tale incisione su diritti o status ad opera del provvedimento.

^[24] Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Milano, 2013, p. 305.

^[25] Cerino Canova, *Studi di diritto processuale civile*, Padova 1992, p. 431 ss.

^[26] Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Milano, 2013, p. 306.

^[27] Pajardi, Paluchowski, op.cit., p. 208 ss.

deciderà entro trenta giorni sentito il curatore e il reclamante, nel rispetto del contraddittorio, con decreto motivato non più soggetto a gravame.

Il dato letterale parrebbe dunque deporre nel senso di qualificare il decreto motivato pronunciato ex art. 36, comma 2, 1. fall. come definitivo, essendo espressamente escluso ogni ulteriore mezzo di gravame.

La questione si complica se si approfondisce l'analisi del secondo indice, vale a dire la decisorietà del provvedimento emesso ex art. 36, comma 2, 1. fall.

In effetti, come spesso avviene, pur avendo dottrina e giurisprudenza individuato una definizione teorica di tale indice, la trasposizione in concreto sfugge a criteri saldi e univoci ed è necessario di volta in volta andare ad indagare la posizione dei giudici di merito e di legittimità in relazione alla natura decisoria piuttosto che meramente ordinatoria del de-

creto emesso dal giudice delegato e in secondo grado dal tribunale[28].

Secondo attenta dottrina, innanzitutto, il provvedimento camerale di giurisdizione oggettiva non può mai acquistare, sulla materia di diritto soggettivo da esso incisa, la stabilità dei provvedimenti sommari di mera tutela di diritti soggettivi non tempestivamente opposti, e resta passibile di rimozione contenziosa nel termine di prescrizione del diritto inciso[29].

Il tema della natura decisoria o meno del provvedimento impugnato è stato approfondito a proposito del diverso strumento del reclamo ex art. 26 l.f. ma non pare la medesima attenzione sia stata dedicata al mezzo in esame, considerato da sempre recessivo rispetto al primo. La giurisprudenza sul punto può in ogni caso costituire un buon punto di partenza per l'analisi del tema.

[28] Carratta, *Processo camerale*, Annali III, 2010, cap. 4, sul sito www.iusexplorer.it. Insiste sull'insegnamento e l'ammonimento che dal passato continua a venire circa il grave rischio che corre l'esercizio della giurisdizione in materia contenziosa (tutela di diritti e status) tutte le volte in cui venga affidato al giudice in funzione camerale-volontaria.

[29] Montesano, *Giurisdizione Volontaria*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1951.

L'impugnazione ex art. 111 Cost. dei reclami in materia fallimentare: un dibattito mai finito (Segue)

di Caterina Pasini

del 22 maggio 2019

Sommario

3. L'approfondimento dottrinale e giurisprudenziale intorno al reclamo ex art. 26 l. fall.
4. Il problema dell'impugnabilità ex art. 111 Cost. dei decreti emessi ex art. 36 l. fall. (seconda parte)

3. L'approfondimento dottrinale e giurisprudenziale intorno al reclamo ex art. 26 l. fall.

Le numerose pronunce d'incostituzionalità parziale relative al reclamo di cui all'art. 26 l. fall. hanno avuto l'effetto di determinare, in relazione ai decreti del giudice delegato e del tribunale, una summa divisio tra provvedimenti di natura ordinaria e provvedimenti riguardanti controversie relative all'esercizio o alla titolarità di diritti, relegando a questi ultimi la ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.^[1]

Il testo dell'art. 26 l. fall., nella sua formulazione originaria^[2], in effetti, prevedeva un unico procedimento di reclamo destinato a concludersi con una pronuncia in camera di consiglio senza alcuna distinzione in relazione alla natura del provvedimento scaturente dal tribunale fallimentare.

Vari sono stati gli interventi della giurisprudenza costituzionale che hanno risposto alla pressante necessità di evitare che controversie su diritti fossero decise nell'ambito di procedimenti di tipo endofallimentare, di stampo camerale, senza alcuna cognizione successiva o mezzo d'impugnazione idoneo a garantire un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti.

Così, l'ormai risalente pronuncia della Corte cost. n. 42 del 23 marzo 1981^[3] ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 26 in relazione all'art. 23 l. fall. nella parte in cui assoggettava a reclamo innanzi al tribunale i provvedimenti decisori emessi dal giudice delegato in materia di piani di

riparto dell'attivo, poiché le forme del reclamo non permettevano una sufficiente garanzia dell'esercizio dell'azione in giudizio né della difesa della parte. In seguito^[4], è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale in relazione agli art. 23, comma 1, e 25, comma 7, nella parte in cui l'art. 26 l. fall. assoggettava a reclamo al tribunale il decreto del giudice delegato che liquida il compenso a qualsiasi incaricato per l'opera prestata nell'interesse nel fallimento.

La Corte ha inoltre pronunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 26, comma 1, nella parte in cui faceva decorrere il termine di tre giorni per il reclamo al tribunale dalla data del decreto del giudice delegato, anziché dalla data della comunicazione dello stesso debitamente eseguita.

Da tale pronuncia è derivato che il reclamo ex art. 26 è esperibile in caso di decreto del giudice delegato incidente su interessi legittimi entro tre giorni dalla comunicazione, mentre, qualora il decreto incida su situazioni inerenti diritti soggettivi perfetti, esso viene modificato con l'inserimento motivato da una esigenza di garantismo, della normativa camerale degli artt. 737 ss. c.p.c.

Nuovamente intervenuta sul tema, la Corte costituzionale ha esteso la dichiarazione di incostituzionalità di cui sopra anche ai provvedimenti in materia di amministrazione controllata con contenuto decisorio su diritti soggettivi^[5].

Tale analisi attribuisce la natura decisoria ai decreti riguardanti non solo la materia dei riparti dell'attivo ma anche a

[1] Si veda da ultimo Cass. n. 11149 del 4 luglio 2012 in Il fall., 4, 2013, p. 434 ss. con nota di Cataldo, Procedimento di reclamo e successivo ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.

[2] Pagni, Il fall., 2009, I, p. 424.

[3] Corte Cost. n. 42 del 23 marzo 1981, in Banca borsa tit. credito 1981, II, 260.

[4] Corte Cost. n. 303 del 22 novembre 1985, in D. fall., 1986, II, 5.

[5] Corte Cost. n. 55 del 24 marzo 1986, in Il fall., 1986, p. 671. Si veda Pajardi, Codice del fallimento, sub art. 26, Milano, 2013, p. 391. Con altra decisione ancora Corte Cost. n. 156 del 27 giugno 1986, in D. fall., 1986, II, 477, la Corte ha affermato la declaratoria di incostituzionalità nella parte in cui si assoggettava al reclamo al tribunale nel termine di tre giorni decorrente dalla data del decreto del giudice delegato anziché dalla data di comunicazione dello stesso debitamente eseguita i decreti, adottati dal giudice delegato, di determinazione dei compensi ad incaricati per opera prestata nell'interesse della procedura di amministrazione controllata.

quelli aventi ad oggetto la liquidazione di compensi al commissario giudiziale del concordato preventivo o a periti, consulenti tecnici, interpreti o traduttori per operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria. Ancora, la Corte di cassazione ha attribuito natura decisoria al decreto riguardante la determinazione e il pagamento del corrispettivo per l'occupazione dei locali in ipotesi di procedura fallimentare^[6]. Alla bipartizione sistematica tra provvedimenti a contenuto decisorio e non, però, non è seguita altrettanta chiarezza nell'individuazione di cosa, nella pratica, debba intendersi rientrante nell'una e cosa nell'altra categoria, questione non risolta peraltro dalla riforma della legge fallimentare del 2006 che, parrebbe in modo sintomatico, non ha inserito previsto nel testo novellato dell'art. 26 l. fall. l'impugnabilità con ricorso straordinario delle decisioni relative ai reclami. Ancora oggi, infatti, la Suprema corte afferma (sulla base del consolidato orientamento costituzionale) che deve giudicarsi ammissibile il ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti relativi a reclami proposti ex art. 26 l. fall. avverso decreti del tribunale fallimentare a carattere decisorio ma lascia, prudentemente, all'applicazione pratica ed all'interpretazione dei giudici, lo stabilire quando le questioni di volta in volta risolte con decreto decidano o incidano su diritti soggettivi o status qualificando dunque il provvedimento relativo come decisorio.

Ebbene per tale tipo di provvedimenti il reclamo al giudice delegato e al tribunale fallimentare, modificato in senso costituzionalmente orientato, è mezzo esclusivo d'impugnazione^[7] cui si aggiunge, quanto ai provvedimenti decisorii, il mezzo di impugnazione straordinario^[8].

Inalterata resta invece la disciplina del procedimento di reclamo nella sua funzione^[9] di mezzo camerale di controllo dei provvedimenti non decisorii, resi nell'esercizio dei poteri di direzione, di vigilanza e di amministrazione attiva spettanti al giudice delegato nello svolgimento del processo fallimentare e nella gestione e liquidazione del patrimonio del fallimento: se anche in questo caso il reclamo rimane mezzo di impugnazione esclusiva, tali decisioni non sono impugnabili ex art. 111 Cost.

Il fatto che il subprocedimento fallimentare di cui all'art. 26 l. fall., a séguito della riforma intervenuta nel 2006 sia stato radicalmente modificato nella sua struttura^[10] tanto da avvicinare quest'ultimo ad un vero e proprio doppio grado di giurisdizione con regole sue proprie, non ha, come detto, portato il legislatore a prendere posizione rispetto al problema della ricorribilità con il rimedio straordinario.

Il nuovo impianto dell'art. 26 l. fall., in effetti, trasforma il sistema del reclamo: non più soltanto l'impugnazione dei decreti del giudice delegato^[11] ma anche dei provvedimenti

[6] Pagni, Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale), in *Il fall.*, 2007, 2, p. 141. Cfr. Cass., S. U., n. 12062, del 27 novembre 1998, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 2477, per cui il termine per la proposizione del ricorso straordinario per cassazione avverso i provvedimenti di contenuto decisorio adottati dal tribunale fallimentare non decorre dalla data del deposito in cancelleria dei suddetti provvedimenti, bensì dalla data di comunicazione o notificazione di essi agli interessati con applicazione analogica della giurisprudenza in materia di reclamo al Tribunale ex art. 26 l.f. (conf. Cass. S. U. del 10 giugno 1998 n. 5761 in *Giur. it.*, 1999, 1400; Cass., 20 ottobre 2005 n. 20279, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 7/8; Cass., n. 1746 del 25 gennaio 2008, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 1, 95). Cass., n. 5168 del 2 giugno 1990, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 506, per cui il decreto del tribunale fallimentare, che liquida il compenso al commissario giudiziale del concordato preventivo ha natura giurisdizionale ed è pertanto impugnabile con il ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost.; conforme Cass., 19 novembre 1998, n. 11662, in *Il Fall.*, 1999, p. 1098; Cass. S.U. n. 1952 del 11 marzo 1996 in *Foro it.*, 1996, I, p. 2440 per cui in tema di compensi a periti, consulenti tecnici, interpreti o traduttori per operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria, l'ordinanza emessa dal tribunale a norma dell'art. 11 della legge n. 319 del 1980 è resa in camera di consiglio, in confronto di più parti, ed incide con carattere di definitività su diritti soggettivi. Pertanto, essa, non essendo altrimenti impugnabile, è soggetta a ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., il cui termine breve di proposizione decorre, a norma dell'art. 739 c.p.c., dalla notificazione dell'ordinanza e non dalla comunicazione eseguita a cura della cancelleria. Incide su diritti soggettivi ed è impugnabile ex art. 111 Cost., secondo Cass., n. 12047 del 28 novembre 1997 sul sito www.dejure.giuffre.it, il decreto riguardante il pagamento del corrispettivo per l'occupazione dei locali (inizialmente, anche al rilascio di essi, per effetto del recesso del Curatore).

[7] Cataldo, *ult. cit.*, p. 435.

[8] Cass., S.U., n. 3167 del 23 maggio 1984 in *Il fall.*, 1984, p. 1374. La valutazione d'incostituzionalità e gli effetti caducatori hanno riguardato, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite, non il reclamo in sé quale istituto ma taluni aspetti della sua disciplina che rendevano difficile e insufficiente (brevezza del termine del reclamo, sua decorrenza, mancata garanzia del contraddittorio, non necessaria motivazione del decreto del tribunale) la tutela giurisdizionale relativamente ai soli provvedimenti riguardanti diritti soggettivi in cui vengono attribuiti dalla legge poteri cognitori e decisorii al giudice delegato, senza che contro i relativi provvedimenti giurisdizionali sia previsto un mezzo di impugnazione diverso dal reclamo.

[9] Definita dalle Sezioni Unite sopraccitate come "sicuramente prevalente".

[10] Nella sua formulazione precedente l'art. 26 l. fall. così recitava: "Contro i decreti del giudice delegato, salvo disposizione contraria, è ammesso reclamo al tribunale entro tre giorni dalla data del decreto, sia da parte del curatore, sia da parte del fallito, del comitato dei creditori e di chiunque vi abbia interesse. Il tribunale decide con decreto in camera di consiglio. Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto."

[11] Con la possibilità, elaborata dalla giurisprudenza, di impugnare i decreti del tribunale fallimentare con il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. laddove provvedimenti di natura decisoria.

del tribunale, estendendo anche ad essi la possibilità di controllo (da parte della corte d'appello)[12].

La radicale trasformazione della norma ha determinato un dubbio interpretativo di difficile soluzione circa la portata dell'ampliamento sopra descritto.

Secondo alcuni autori, infatti, l'espressa reclamabilità dei decreti del tribunale alla Corte d'appello riguarderebbe sia i provvedimenti emessi dal tribunale nell'esercizio dei suoi poteri, sia i decreti (di natura decisoria) pronunciati dal tribunale sul reclamo contro il provvedimento del giudice delegato, con un vero e proprio doppio grado di giurisdizione rispetto a quest'ultima ipotesi[13].

Molto più dubbiosi sono altri autori che evidenziano l'incoerenza di prevedere un diverso regime di stabilità per i provvedimenti decisori del reclamo adottati dal tribunale rispetto a quelli adottati dalla corte d'appello nel senso di prevedere per i primi un grado di giudizio ulteriore senza giustificazione sistematica[14].

4. Il problema dell'impugnabilità ex art. 111 Cost. dei decreti emessi ex art. 36 l. fall. (seconda parte)

Spostando a questo punto l'attenzione sulla formulazione dell'art. 36 l. fall., post riforma, si è assistito ad una riscrittura radicale della previsione, con l'inclusione tra i provvedimenti passibili di reclamo al giudice delegato non solo degli atti di amministrazione del curatore ma anche gli atti e le omissioni del comitato dei creditori. Si noti come la specifica menzione, nel testo dell'articolo, degli atti di amministrazione quali uni-

ci atti del curatore passibili di reclamo faccia ritenere che il rimedio del reclamo non sia invocabile per censurare il contenuto negoziale dell'atto compiuto dal curatore[15]. Contro il decreto del giudice delegato che decide contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, il tribunale decide con decreto motivato, non soggetto a gravame. L'istituto è utilizzabile solo laddove si sostenga il verificarsi di una violazione di legge[16] e v'è da chiedersi se questa possa sussistere anche nell'ipotesi in cui un atto, seppur di natura amministrativa, configuri una lesione di diritti soggettivi perfetti. Se così fosse, infatti, l'opinione per cui il decreto del giudice delegato ed eventualmente del tribunale può avere esclusivamente una natura ordinatoria/formale perderebbe ogni connotato di certezza.

Bisogna allora indagare quando, di fronte a decreti emessi ex art. 36 l. fall., per espressa previsione non soggetti a gravame e dunque definitivi, vi sia spazio per l'ammissibilità di un ricorso straordinario ex art. 111 Cost.[17].

A tal fine, è interessante tracciare lo stato dell'arte con riferimento alle pronunce della Corte di Cassazione specificamente pronunciate sul punto.

Mi concentrerò in particolare sui provvedimenti originati dal reclamo di decisioni del curatore prese ex art. 72 l. fall.

Il punto di partenza dell'indagine, a mio parere, può essere individuato in una sentenza delle Sezioni Unite che si pronuncia proprio sull'esercizio delle facoltà riconosciute dall'art. 72 l. fall. al curatore nella gestione dei c.d. rapporti pendenti.

La pronuncia si colloca in un periodo antecedente la riforma della legge fallimentare del 2006 ed ha a oggetto il decreto,

[12] Ed infatti la riforma del 2006 ha soppresso la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 23 l. fall. secondo cui i provvedimenti del tribunale nelle materie ivi disciplinate venivano pronunciati con decreto non soggetto a gravame.

[13] Pajardi-Plauchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 197. Per Tiscini, in Nigro-Sandulli-Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, p. 354, il reclamo alla corte d'appello sarebbe proponibile anche contro i decreti del tribunale emessi in sede di reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato. Detti decreti, dunque, potrebbero essere oggetto di ben quattro gradi di giudizio qualora considerati decisori e dunque impugnabili altresì con il rimedio del ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost.

[14] Mantovani, *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, *Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, p. 341. Esclude la possibilità di ricorso alla corte d'appello su provvedimenti emessi a seguito di reclamo al tribunale anche Abate in Fabiani-Patti, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, p. 90; costituirebbe un ingiustificato ampliamento delle ipotesi di impugnazione per Calvosa, *Il giudice delegato*, in AA.VV., *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008, p. 329. Per una disamina delle posizioni dottrinali si rimanda a Pajardi, *Codice del fallimento*, sub art. 26, Milano, 2013, p. 394.

[15] Fabiani, sub art. 36, in Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera, disciplina tributaria*, Bologna, 2007, p. 307. Peraltro si tenga conto che non può essere preclusa a chi abbia potere di contraddire nel procedimento camerale l'azione contenziosa ordinaria a tutela del diritto soggettivo inciso nel provvedimento camerale, sia o meno stato esercitato quel potere o sia o no domandato al giudice contenzioso di risolvere, in funzione di tutela di quel diritto, le stesse questioni già esaminate dal giudice camerale, giacché la giurisdizionalità dei giudizi camerale o, comunque, il loro svolgersi in forme processual-contraddittorie non può comportare la parziale o totale consumazione in quel giudizio di azioni consumabili solo in sede di cognizione ordinaria.

[16] Pajardi, Paluchowski, op. cit., p. 208 ss. osserva come la volontà del legislatore, nel limitare i motivi di reclamo alla sola legittimità del provvedimento, fosse quella di restringere i poteri del giudice delegato nella sua nuova funzione "defilata" dal punto di vista decisionale, escludendo che questo potesse valutare nel merito l'opportunità delle decisioni prese dal curatore e dal comitato dei creditori.

[17] Pajardi, Paluchowski, op.cit., p (decreti ordinatori del giudice delegato); Frasca, *Nuove tendenze e vecchi problemi della giurisprudenza della corte in tema di ricorso straordinario*, in AA.VV., *Evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, Milano, 2013, p. 297 ss.

reso dal giudice delegato a norma dell'art. 72, comma 3, l. fall., sulla richiesta di un termine al curatore per l'eventuale subingresso al fallimento in un contratto non ancora eseguito alla data del fallimento[18].

La Corte di Cassazione ha riconosciuto che le decisioni che la curatela deve assumere in ordine ai rapporti pendenti ex art. 72 ss. l. fall. riguardano specifiche situazioni e rapporti giuridici di determinati soggetti ed hanno una natura non prettamente ordinatoria ed un'efficacia non esclusivamente endoprocessuale. Ciò nonostante, nella fattispecie, ha ritenuto che tali provvedimenti non fossero espressione di una potestas decedendi, cioè di poteri giurisdizionali cognitori e non incidessero, dunque, in modo definitivo su quei diritti, né pregiudicassero la successiva tutela giurisdizionale nelle forme ordinarie. La richiesta al giudice delegato da parte del contraente in bonis di assegnare un termine al curatore per l'esercizio delle facoltà previste dall'art. 72 l. fall. così come il relativo provvedimento del giudice attengono secondo la Suprema Corte alla formazione della volontà dell'ufficio fallimentare e comportano dunque un atto interno di carattere ordinatorio, inerente la gestione del patrimonio fallimentare inidoneo a vulnerare alcun diritto soggettivo dell'altro contraente.

La pronuncia non pare aver posto fine al dibattito, lasciando un ampio spazio di riflessione laddove ha affermato che, in effetti, nelle ipotesi riguardanti rapporti giuridici di determinati soggetti (qual è il caso dell'art. 72 l. fall.), non si può parlare di provvedimenti ad efficacia esclusivamente endoprocessuale e con natura meramente ordinatoria.

Ci si propone di verificare, passati ormai dieci anni dalla riforma della legge fallimentare, se l'attività interpretativa della giurisprudenza, a seguito della radicale riscrittura dei mezzi di reclamo previsti, abbia fornito degli indici uniformi rispetto al quesito dell'impugnabilità con il mezzo straordinario di cui all'art. 111 Cost. e permetta di giungere a conclusioni diverse rispetto a quella, per certi versi monca, dell'impostazione precedente.

La Cassazione ha ritenuto, ad esempio, che in merito ad un ricorso contro il decreto di rigetto del reclamo proposto ex art. 36 l. fall., contro la decisione del curatore di sciogliersi ex art. 72 l. fall. da contratti preliminari di compravendita di unità immobiliari, il provvedimento avesse natura meramente ordina-

toria poiché consistente unicamente nella manifestazione del controllo del giudice delegato e del tribunale circa l'utilizzo da parte del curatore di un potere di amministrazione del patrimonio fallimentare che la legge gli riconosce, inidoneo di per sé ad influire su diritti soggettivi di terzi i quali possono contestare nelle sedi opportune gli effetti che dall'attività esercitata si pretendono far derivare[19]. Il decreto del tribunale con cui vengono accettati o rifiutati gli acconti richiesti dal curatore sono stati ritenuti espressione di un potere discrezionale intervenienti in una fase anteriore alla presentazione ed approvazione del conto e privi di alcuna efficacia di cosa giudicata che, non pregiudicando la futura decisione sul compenso dovuto non sono ricorribili in cassazione ex art. 111 Cost.[20]. Ancora, inammissibile è stato ritenuto il ricorso ex art. 111 Cost. contro il decreto con cui era stata dichiarata l'inammissibilità della domanda di ammissione al concordato preventivo nel caso in cui non si possa ad esso attribuire un contenuto decisorio per essere la stessa inscindibilmente connessa ad una successiva e consequenziale pronuncia di fallimento[21]. Ancor più di recente la Corte di Cassazione ha ritenuto che il decreto con cui il tribunale provvede ai sensi dell'art. 36 l. fall., sul reclamo avverso il decreto del giudice delegato adito contro gli atti di amministrazione del curatore circa lo scioglimento da un contratto preliminare non avesse natura decisoria, poiché non risolveva una controversia su diritti soggettivi, rientrando tra i provvedimenti di controllo sull'esercizio del potere amministrativo del curatore. Non è dunque impugnabile con ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost., potendo i terzi contestare gli effetti dell'attività nelle sedi ordinarie (la sede naturale del giudizio ossia quella dell'esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c. o endoconcorsuale (art. 93 e 103 l. fall.))[22]. Inammissibile è stato poi ritenuto il ricorso straordinario su domanda proposta al giudice fallimentare dalla ricorrente di accertare la personale responsabilità del curatore per un comportamento di carattere processuale, che si assumeva pregiudizievole per la massa dei creditori. La questione, infatti, può essere riproposta in sede di approvazione del rendiconto ex art. 116 l. fall., atteso che il giudizio che si instaura ai sensi della citata disposizione in caso di mancata approvazione del conto del curatore può avere ad oggetto non solo gli errori materiali[23].

[18] Cass. civ., Sez. un., del 23 maggio 1984, n. 3167, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 620.

[19] Cass. civ., sez. I, del 11 agosto 2010, n. 18622, sul sito www.ilcaso.it.

[20] Cass. civ. 31 agosto 2010, n. 18916 sul sito www.ilcaso.it.

[21] Cass. civ. 2 aprile 2010, n. 8186 reperibile sul sito www.ilcaso.it.

[22] Cass. civ., 1 giugno 2012, n. 8870, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 6, p. 726.

[23] Cass., 20 dicembre 2002, n. 18144, reperibile sul sito www.dejure.giuffre.it

Così, il decreto con il quale il giudice delegato abbia respinto il reclamo diretto ad ottenere la revoca dell'autorizzazione all'esecuzione degli atti conformi al programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori è privo dei caratteri di decisorietà e definitività e pertanto non può essere impugnato^[24]. Nonostante l'impostazione della giurisprudenza che tende a definire l'attività del curatore come esercizio di un potere non incidente su diritti soggettivi perfetti, il nuovo rapporto tra gli organi della procedura fallimentare ha fatto ritenere ad alcuni autori che il decreto motivato del tribunale sia certo non soggetto a gravame ma ricorribile ex art. 111 Cost.^[25]. In effetti, l'espressa esclusione del gravame contro il decreto emesso dal tribunale ex art. 36 l. fall. configura una delle condizioni per l'ammissibilità del rimedio straordinario. Va considerato, poi, che gli atti del curatore riguardo, ad esempio, alle liti pendenti devono essere autorizzati dal comitato dei creditori. Questo deporrebbe nel senso di considerare i provvedimenti su reclami riguardanti tali atti del curatore come spesso incidenti su diritti soggettivi, tanto da richiedere tale tipo di autorizzazione proprio per l'importanza delle decisioni. Se s'indagano gli intenti del legislatore evidenziati nella Relazione alla riforma organica^[26], la nuova formulazione dell'art. 36 l. fall. introduce una norma finalizzata al "mantenimento del complessivo equilibrio dei nuovi poteri assegnati ai diversi organi della procedura fallimentare ed, in particolare, al comitato dei creditori" e nel dettaglio "ridisegna il sistema dei reclami avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori, nonché quello dei reclami avverso i decreti

del giudice delegato che sui primi si sono pronunciati" prevedendo a tal fine che "laddove insorgano conflitti fra il curatore e il comitato dei creditori - anche in relazione a comportamenti, omissivi od a dinieghi di tali organi - possa essere chiesto l'intervento del giudice delegato soltanto denunciando eventuali violazioni di legge.

In questo modo, al giudice delegato spetta esclusivamente il potere di controllo di legalità della procedura, senza alcuna possibilità di ingerirsi nelle scelte riguardanti la gestione economica della procedura, potere questo allocato esclusivamente in capo al comitato dei creditori e, nei casi espressamente previsti, in capo al curatore^[27].

Tale ultima previsione, che esclude la possibilità del giudice di indagare il c.d. merito gestorio è stata attentamente scandagliata dalla dottrina^[28] e dalla giurisprudenza^[29].

Ci si è concentrati innanzitutto sul significato di "violazione di legge", se da intendersi letteralmente o facendo riferimento alla tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo oppure ancora, in senso ampio, ricomprendendo la violazione dei doveri di diligenza gravanti sul curatore. I parametri elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina per cercare di trovare un sistema di applicazione univoca basato sulla lesione o incisione di diritti soggettivi non sembra siano in grado di guidare l'interprete in modo univoco e che l'analisi della decisorietà e definitività dei provvedimenti emessi in ambito fallimentare debba essere effettuata, al fine di affermarne la ricorribilità con il mezzo straordinario, seguendo un approccio empirico.

[24] Cassazione civile, sez. I, 25 Gennaio 2018, n. 1902, massima ufficiale.

[25] Fabiani, in Jorio, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, aggiornamento al d. lgs. 169/2007, Bologna, 2007, 16 e 17; Pajardi-Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 197.

[26] Reperibile sul sito <http://www.giurdanella.it/2007/10/18/la-relazione-illustrativa-sulla-nuova-legge-fallimentare>.

[27] Sono infine chiarite le conseguenze dell'accoglimento del reclamo avverso i comportamenti omissivi del curatore o del comitato dei creditori: nel primo caso, il curatore è tenuto a dare esecuzione al provvedimento dell'autorità giudiziaria; nel secondo caso, invece, l'autorità giudiziaria provvede del comitato in sede di accoglimento del reclamo medesimo.

[28] Su tale aspetto si veda Spiotta, in *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, a cura di Jorio-Fabiani, Bologna, 2010, p. 177. Si rimanda a tale contributo anche quanto alla ricostruzione della dottrina. In particolare, quanto alla prima tesi, maggioritaria, concorde nel ritenere che il controllo del g.d. debba essere di pura legalità si veda Tiscini, in Ferri, Giannelli, Guerrera, Perrino, Sassani (a cura di), *La nuova legge fallimentare annotata*, Napoli, 2006, 71; Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, 159; Fabiani, *Nuovi equilibri fra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l.f.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 811 ss. Sulla riconduzione della violazione di legge sulla falsariga dei vizi dell'atto amministrativo Abete sub art. 36, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006-2007, p. 608; quanto alla ricomprensione nel concetto di violazione di legge dei profili di diligenza l'autrice cita Fabiani, sub art. 36, in Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera, disciplina tributaria*, Bologna, 2007, p. 311 che specifica come la deduzione di un difetto di diligenza del curatore nell'adempimento dell'incarico e più specificamente nel compimento di un atto, potrebbe rappresentare un grimaldello per scardinare l'insindacabilità del merito gestorio, senza per questo adottare una soluzione interpretativa *contra legem*. Si veda anche Abete sub art. 31, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006-2007, p. 553; Ricci E. F., *Note sugli organi del fallimento dopo le riforme*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 195 per cui così opinando il giudice assumerebbe, sia pure subordinatamente alla proposizione di un reclamo, un potere di sindacato anche di merito sugli atti e le omissioni del curatore e del comitato dei creditori.

[29] Trib. Roma, 22 gennaio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1714.

COS'È IL PRINCIPIO DI PRECLUSIONE?

Il principio di preclusione e la richiesta di risarcimento del danno ambientale: l'intervento della Corte di Cassazione alla luce della Direttiva CE 2004/35

di Gianni Ghinelli

del 23 maggio 2019

Sommario

1. Introduzione alla questione di diritto
2. Il caso
3. La giurisprudenza precedente e la soluzione offerta dalla Corte di Cassazione
4. Conclusione

1. Introduzione alla questione di diritto

Il presente contributo tratta dei limiti posti ai poteri processuali delle parti dal principio di preclusione nello specifico ambito di una domanda risarcitoria proposta a fronte di un danno ambientale. In particolare, l'interrogativo a cui la Corte di Cassazione ha dato risposta positiva con la sentenza del 10 dicembre 2012 n. 22382^[1] concerne la possibilità di formulare la richiesta di condanna al risarcimento in forma specifica per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni.

Il provvedimento è di particolare interesse giacché, da un lato, ripercorre i principali passaggi evolutivi della disciplina interna in materia di danno ambientale e, dall'altro, sancisce un ampliamento dei poteri processuali attribuiti alle parti in materia di risarcimento di tale danno. La Corte, infatti, apre una breccia nelle barriere poste dalla precedente giurisprudenza di legittimità in materia di risarcimento del danno per equivalente ed in forma specifica^[2] ed è questo aspetto a costituire l'oggetto principale della presente analisi.

Il risvolto processuale della pronuncia, tuttavia, è impre-

scindibilmente legato all'interpretazione che la Corte offre dell'evoluzione normativa in materia di danno ambientale concernente, in particolare, il rapporto tra il risarcimento in forma generica ed in forma specifica. Pertanto, si mettono in luce, in via di premessa, i tratti essenziali dei due profili - sostanziale e processuale - per meglio cogliere il nesso che li lega e, in definitiva, comprendere la portata del provvedimento.

Sul versante dell'evoluzione normativa del risarcimento del danno ambientale, la materia è stata oggetto di una disciplina speciale relativamente recente.

La prima regolamentazione del risarcimento del danno ambientale - che, vale la pena ribadirlo, interseca sotto vari aspetti il diritto civile con quello amministrativo - è stata introdotta dalla l. 349 del 1986, istitutiva del Ministero dell'Ambiente. Fino a quel momento la tutela del danno ambientale era stata affidata esclusivamente al rimedio civilistico dell'art. 2043 c.c., letto in combinato disposto con gli artt. 9 e 32 Cost.^[3] L'art. 18, l. 349/1986, invece, ha tipizzato l'illecito ambientale, prevedendo una responsabilità risar-

^[1] Cass. civ., sez. III, 10.12.2012, n. 22382; per una diversa analisi, prevalentemente incentrata sugli aspetti di diritto sostanziale affrontati in sentenza, v. ANNUNZIATA, Tutela risarcitoria in forma specifica e per equivalente, in *Diritto e Giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2013, p. 390 e ss; cfr. anche MALLARA, Risarcimento in forma generica e riduzione in pristino in materia di danno ambientale, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2012, 3, pp. 88 e ss.

^[2] È la stessa sentenza, come meglio si vedrà di seguito, a citare una serie di precedenti - ex multis cfr. Cass. civ. 5 marzo 1988, n. 2300 - nei quali si afferma il principio per cui la richiesta di risarcimento in forma specifica è, rispetto, a quella per equivalente, una domanda modificata ed, addirittura, nuova, dunque soggetta alle preclusioni di cui all'art. 183, comma 5° e 6°, c.p.c.

^[3] Per un approfondimento cfr. GIAMPIETRO, La responsabilità per danno all'ambiente in Italia: sintesi di leggi e giurisprudenza messe a confronto con la direttiva

citoria nei confronti dello Stato ogni qualvolta vi fosse una compromissione dolosa o colposa dell'ambiente[4]. A fronte di un danno ambientale il rimedio proposto era, anzitutto, quello del risarcimento in forma generica e, laddove possibile, il risarcimento in forma specifica - ossia la messa in pristino del sito inquinato[5].

Il primo modello tipizzato di illecito ambientale, di cui all'art. 18 l. 349 del 1986, è poi entrato in crisi[6] a seguito dell'intervento di una legislazione frammentaria, che, di volta in volta, prevedeva diversi rimedi e strumenti di tutela preventiva in relazione alle diverse componenti del bene all'ambiente[7].

La materia è stata poi riformata e riunificata nel testo unico dell'ambiente - d.lgs. 152 del 2006[8] - grazie all'impulso conferito dalla Direttiva 2004/35/Ce sulla "responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione", con la quale il legislatore europeo ha previsto un sistema volto anzitutto alla prevenzione dei danni ambientali e, in secondo luogo, alla loro riparazione[9]. Sotto il profilo definitorio, la Direttiva mette in relazione il danno ambientale con tre risorse, ossia la biodiversità, le acque, il suolo e lo intende quale mutamento negativo e misurabile di una di queste tre risorse. La preoccupazione della Direttiva, nel segno del principio di prevenzione, è quella di evitare il danno; alla luce del principio "chi inquina paga" poi, laddove il danno si sia già prodotto, prevede meccanismi riparatori volti al ripristino effettivo della

risorsa naturale danneggiata. In tal senso, l'Allegato II alla Direttiva prevede una gradazione di rimedi, tutti riconducibili all'alveo del risarcimento in forma specifica: anzitutto, l'operatore è tenuto ad un obbligo di "riparazione primaria"[10], in secondo luogo "complementare"[11] e, infine, "compensativa"[12].

Nel disegno del legislatore europeo, per le peculiarità proprie del bene ambiente, il danno ambientale può trovare una tutela esclusivamente reale; tant'è che il risarcimento per equivalente monetario non è nemmeno contemplato.

Ora, a fronte di questa impostazione di fondo del sistema normativo europeo, il Testo Unico dell'ambiente prevedeva, proprio sul punto del risarcimento, un assetto stridente con l'input europeo: veniva infatti data centralità al risarcimento per equivalente, poiché si prevedeva il rimedio risarcitorio pecuniario non appena il ripristino non fosse eseguito, fosse impossibile o eccessivamente oneroso, secondo quanto previsto dall'art. 2058 c.c. In buona sostanza, il legislatore interno rispettava solo formalmente la primazia della tutela reale. Ai sensi dell'art. 311 T.U.A. veniva previsto il rimedio - neppure contemplato dalla Direttiva - della tutela risarcitoria non appena la riparazione primaria - ossia il ripristino dei luoghi - non fosse stata possibile, oppure fosse inseguita o eccessivamente onerosa. Il Codice dell'ambiente, quindi, ignorava la gradazione dei rimedi reali previsti dalla Direttiva, ed in particolar modo dall'Allegato II, in base alla quale se il rimedio primario è di impossibile realizzazione, è

2004/35/CE e con il T.U. ambientale, in Riv. Giur. Ambiente, 2006, p. 19 e ss.

[4] La responsabilità risarcitoria per danno ambientale è tipizzata dal citato art. 18 nel senso che, al contrario della clausola generale dell'art. 2043 c.c., la sussistenza dell'illecito ambientale viene subordinata alla violazione dolosa o colposa di legge, regolamento o di un provvedimento dell'autorità. Circa il rapporto tra l'illecito (tipizzato) ambientale e responsabilità aquiliana, v. FERRARA-GALLO (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente - I Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno, Milano, 2014, p. 589 e ss. Sul piano definitorio il primo comma dell'art. 18 sanzionava quale danno ambientale, il deterioramento o la distruzione, parziale o totale, dell'ambiente, senza che fosse però fornita una nozione di ambiente. L'utilizzo dell'imperetto è d'obbligo, essendo la norma stata abrogata dal T.U.A. Sugli elementi costitutivi del danno ambientale, così come delineato dall'art. 18, l. n. 349/1986, cfr. CARAVITA, Diritto dell'ambiente, Bologna, 2005, p. 305 e ss.

[5] Art. 18, comma 8°, l. 349 1986.

[6] Così, IANNONE, L'illecito ambientale, Milano, 2018, p. 18 e ss.

[7] Tra i vari, si ricordano: l'art. 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59 che ha introdotto in capo al Ministero dell'Ambiente il potere di emettere ordinanze contingibili ed urgenti per la tutela dell'ambiente; gli artt. 29 e ss. della l. 6 dicembre 1991, n. 394 relativi al danno ambientale in aree protette; l'art. 17, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, in materia di bonifica di siti inquinati.

[8] Di seguito, per comodità, indicato anche con l'acronimo T.U.A.

[9] Così, MALAGNINO, L'ambiente sistema complesso - Strumenti giuridici ed economici di tutela, Padova, 2007, p. 114 e ss.

[10] Sono i tipi di rimedi che l'operatore è obbligato ad esperire in prima istanza a fronte di un danno ambientale; sono definiti dall'art. 1 All. II, come: "qualsiasi misura di riparazione che riporta le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle o verso le condizioni originarie"

[11] I rimedi complementari si pongono in posizione gradata rispetto a quelli primari; sono definiti dall'art. 1 All. II come: "qualsiasi misura di riparazione intrapresa in relazione a risorse e/o servizi naturali per compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati"

[12] I rimedi compensativi, nonostante la denominazione, non corrispondono al risarcimento pecuniario del danno. Ai sensi dell'art. 1 All. II, infatti, costituisce rimedio compensativo "qualsiasi azione intrapresa per compensare la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali dalla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo".

necessario apprestarne uno complementare e, in ultima istanza, uno compensativo[13].

Questa discrasia è stata, insieme ad altre, oggetto della procedura di infrazione 2007/4679 della Commissione europea nei confronti del nostro Paese per violazione della Direttiva 2004/35/Ce. Ne è conseguita una serie di interventi normativi di adeguamento dell'ordinamento domestico, da ultimo quello operato con la l. 6 agosto 2013 n. 97. La norma attualmente in vigore, rubricata "Azione risarcitoria in forma specifica", prevede al primo comma che il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare agisca per ottenere il risarcimento in forma specifica del danno ambientale e, se necessario, per equivalente patrimoniale. Il comma secondo, con riferimento alle attività elencate dall'"Allegato 5 alla Parte Sesta", stabilisce che a fronte di un danno ambientale vengano apprestati i rimedi reali di cui all'"Allegato 3 alla Parte Sesta", in sostanza corrispondenti a quelli indicati dalla Direttiva all'Allegato II. Rimane la previsione del risarcimento per equivalente pecuniario, ma i rapporti tra questo e le forme di tutela reale è invertito rispetto alla precedente disciplina.

Anche se in modo necessariamente sommario, la ricognizione appena svolta permette di concludere che i rimedi reali - dunque il risarcimento in forma specifica - hanno acquisito una nuova centralità: il Giudice deve quindi anzitutto condannare al risarcimento in forma specifica, nelle graduazioni previste dal T.U.A. e, solo in caso di impossibilità, condannare al risarcimento per equivalente pecuniario.

Si introduce quindi il secondo tema che emerge dalla sentenza commentata, questa volta di natura prettamente processuale ed inerente al rapporto tra le barriere preclusive di cui all'art. 183, commi 5° e 6°, c.p.c. ed i poteri delle parti in sede di precisazione delle conclusioni. La Corte, infatti, innovando la precedente giurisprudenza, propone, in materia di danno ambientale, una configurazione innovativa del rapporto tra principio di preclusione e richiesta risarcitoria in forma specifica ed in forma generica. Com'è noto, il modello del processo ordinario di cognizione è scandito, nel suo svolgimento, dal principio di preclusione, di cui costituiscono una manifestazione le barriere - preclusive, appunto - di

cui all'art. 183, commi 5° e 6°, n. 1), c.p.c. Oltre la prima memoria ex art. 183, comma 6°, c.p.c., infatti, non è più consentito proporre domane nuove - che siano conseguenza delle altrui domande riconvenzionali - e modificare o precisare le domande già proposte. Questa formulazione offre una versione mitigata del principio di preclusione, nella quale convivono le esigenze - entrambe costituzionalmente tutelate - di economia processuale e ragionevole durata del processo e di attuazione effettiva del contraddittorio: l'intento dell'assetto attuale in materia di preclusioni è quello di consentire il raggiungimento di una decisione che sia il più aderente possibile alla realtà sostanziale da cui prende le mosse la domanda giudiziale, senza però che il thema decidendum possa essere in ogni momento modificato dalla parti[14]. Il principio di preclusione opera poi, in via mediata, anche nell'ambito della precisazione delle conclusioni al termine della fase di trattazione: se non è consentito modificare o precisare la domanda oltre la prima memoria di cui all'art. 183 c.p.c., il divieto di nova vale, a maggior ragione, in tale sede ove è preclusa l'allegazione di nuovi fatti, la produzione di nuovi documenti e nuove richieste istruttorie, quindi la modifica o la proposizione di nuove domande, salva la riduzione o la rinuncia a domande già proposte[15].

Quanto brevemente premesso consente di meglio circoscrivere l'interrogativo di fondo affrontato dalla sentenza in commento: se, cioè, per il risarcimento di un danno ambientale, l'attore chieda fin oltre le barriere preclusive dell'art. 183 c.p.c. il solo risarcimento in forma generica, può poi, precisando le conclusioni, chiedere il risarcimento in forma specifica, consistente nella messa in pristino dei luoghi oggetto dell'attività inquinante? La risposta, che già si è visto esser positiva, inerisce in definitiva al modo in cui le norme di procedura interne si rapportano con il novellato Codice dell'ambiente e con il diritto europeo in materia di danno ambientale.

2. Il caso

Nel 2003, quindi ben prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U.A.), il Comune di Bolgare agiva

[13] Per un'attenta analisi cfr. GIAMPIETRO, La responsabilità per danno all'ambiente dal T.U. ambientale all'art. 5 bis della legge 166/2009, in Riv. Giur. Ambientale, 2011, p. 191.

[14] Nel nostro ordinamento processuale le preclusioni, abrogate e reintrodotte a più riprese, hanno avuto un percorso travagliato. Già prevista dal codice del 1941, la disciplina delle preclusioni è stata abrogata dalla riforma del 1950; con esclusivo riferimento al diritto del lavoro, le preclusioni sono state reintrodotte nel 1973; il processo ordinario di cognizione ha visto la reintroduzione del principio di preclusione solo nel 1990. Per un approfondimento, anche sulla ratio dell'istituto, cfr. LUISO, Diritto processuale civile - Il processo di cognizione, Milano, 2017, p. 30 e ss.

[15] Sul tema, cfr. BIAVATI, Argomenti di diritto processuale civile, Bologna, 2018, pp. 387-388; ancora, cfr. LUISO, Diritto processuale civile - Il processo di cognizione, cit, p. 170 e ss.

in giudizio contro una società produttrice di marmi avanti al Giudice ordinario ai sensi dell'art. 18 l. n. 349/1986, al fine di sentirla condannare al risarcimento del danno ambientale per aver realizzato e mantenuto un deposito di rifiuti non autorizzato^[16]. Sia il Giudice di primo grado (nel 2008), che quello d'appello (nel 2009) riconoscevano la sussistenza di un danno ambientale^[17] e condannavano la convenuta al risarcimento in forma specifica. L'attore, però, con gli atti introduttivi, aveva chiesto il mero risarcimento per equivalente dei danni patrimoniali e non patrimoniali, non anche la condanna al ripristino dello stato dei luoghi, richiesta (rectius, precisazione della domanda) che era stata formulata solo in sede di precisazione delle conclusioni.

La società condannata ricorreva avanti alla Corte di Cassazione ex art. 360 n. 4 c.p.c. lamentando, tra le altre cose, la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 183 e 189 c.p.c., in relazione agli artt. 2043 e 2058 c.c. Facendo leva sulla precedente giurisprudenza di legittimità, la ricorrente

chiedeva la cassazione della sentenza sul presupposto che la richiesta di risarcimento in forma specifica costituisca, rispetto alla domanda di risarcimento in forma generica, una mutatio libelli, pertanto inammissibile oltre le barriere preclusive di cui all'art. 183, comma 5° e comma 6°, n. 1, c.p.c.

3. La giurisprudenza precedente e la soluzione offerta dalla Corte di Cassazione

Il ragionamento della Corte prende avvio dal riconoscimento che, in effetti, la precedente giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che la domanda di risarcimento in forma generica fosse un minus rispetto a quello in forma specifica e che, specularmente, la tutela reale fosse un qualcosa di più della tutela obbligatoria. In tale quadro, dunque, la domanda di risarcimento in forma specifica proposta in sede di precisazione delle conclusioni era da qualificarsi come domanda modificata, se non addirittura come domanda nuova, con la conseguente applicazione delle classiche barriere preclusive^[18].

[16] La narrativa del fatto suggerisce di aprire una breve parentesi per accennare ad un altro tema processuale, diverso da quello qui affrontato, ossia quello della legittimazione attiva. Nella vigenza della disciplina introdotta nel 1986, legittimati attivi erano infatti anche le Regioni e gli Enti locali, non solo il Ministero, come invece è attualmente previsto dal Codice dell'Ambiente. Una peculiarità - o contraddizione, secondo alcuni - era data poi dal fatto che la legittimazione ad agire fosse attribuita tanto allo Stato, quanto alle Regioni ed agli Enti locali, mentre il titolare del diritto al risarcimento era esclusivamente lo Stato. Le Regioni e gli Enti locali erano dunque, secondo l'opinione prevalente meri sostituti processuali dello Stato. Sul punto cfr. v. FERRARA-GALLO (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente - I Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno, cit., p. 586. Sull'argomento della legittimazione ad agire in materia di danno ambientale, per gli aspetti relativi alla tutela dell'ambiente come "interesse diffuso", cfr. inoltre DALFINO, Tutela dell'"ambiente" e soluzioni (processuali) di compromesso nel D.lgs. n. 152 del 2006, in Foro it., 2006, III, cc. 508 e ss. L'attuale formulazione dell'art. 311 del Codice dell'ambiente prevede che l'unico legittimato ad agire per il risarcimento del danno ambientale sia il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. L'attribuzione esclusiva in capo allo Stato della legittimazione ad agire ha sollevato un intenso dibattito, in dottrina ed in giurisprudenza. La Corte di cassazione ha ricondotto la ratio della norma all'esigenze di tutela effettiva del bene ambiente, nonché al potenziale lesivo del danno ambientale: questi fattori, combinati insieme, fanno sì che lo Stato, quale ente esponenziale apicale in tutto il territorio nazionale, sia l'unico soggetto in grado di apprestare un'adeguata tutela all'ambiente, salva la legittimazione dei singoli per i danni ulteriori e diversi dal danno ambientale; si esprime in tal senso Cass. civ., sez. III, sent. 6 maggio 2015, n. 9012; Cass. civ., sez. III, sent. 6 maggio 2015, n. 9013 e Cass. civ., sez. I, sent. 20 luglio 2016, n. 14935. Sul punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale - cfr. Corte Cost., sent. 1 giugno 2016, n. 126 - la quale, interrogata circa la costituzionalità dell'attribuzione della legittimazione ad agire al solo Stato e non anche alle Regioni ed agli Enti locali, ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 311 Codice dell'ambiente. La Corte muove dal principio per cui l'ambiente è un "bene immateriale unitario" e ne deduce l'esigenza di una tutela uniforme, obiettivo che solo lo Stato può garantire. Questa concezione, continua la Corte, è conforme a quanto attualmente "fotografato" dall'art. 117 Cost., laddove la materia della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" è attribuita alla competenza esclusiva dello Stato. In un passaggio successivo, la sentenza ripercorre l'evoluzione normativa che ha condotto all'assetto normativo attuale - da ultimo modificato dalla l. n. 97 del 2013 - in cui vi è un doppio binario di tutela: quello amministrativo, di cui agli artt. 311, comma 3°, 313 e 314 Codice dell'ambiente, e quello civilistico, di cui all'art. 311, commi 1° e 2°. Il Ministro dell'ambiente, sul primo piano di tutela, ai sensi dell'art. 311, comma 3°, può ingiungere con ordinanza il ripristino ambientale; ancora, in caso di inadempimento dei responsabili, può con ordinanza ingiungere il pagamento dei costi delle attività necessarie a conseguire la completa riparazione dei danni. Sul piano civilistico, invece, il Ministro, anche costituendosi parte civile, può chiedere il risarcimento dei danni in forma specifica e, in subordine, per equivalente patrimoniale; per le attività di cui all'Allegato 5, a seguito dell'intervento della cd. "Legge europea 2013" (l. 6 agosto 2013, n. 97), è previsto l'obbligo di apprestare le misure di riparazione previste dal Codice (in particolare, dall'Allegato 3 alla parte sesta). In questo rinnovato contesto normativo, afferma la Corte, la necessità di mantenere la legittimazione ad agire in via esclusiva in capo allo Stato deriva dal fatto che la tutela risarcitoria civilistica non si può sottrarre all'unitarietà della gestione dell'ambiente, attribuita allo Stato.

[17] Gli aspetti di diritto sostanziale non sono oggetto della presente analisi, sul punto cfr. ANNUNZIATA, Tutela risarcitoria in forma specifica e per equivalente, in Diritto e Giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente, cit., p. 391; ancora cfr. MALARA, Risarcimento in forma generica e riduzione in pristino in materia di danno ambientale, cit., pp. 88 e ss.

[18] Il principio, consolidato in giurisprudenza, viene affermato nei "precedenti" citati dalla stessa Corte: Cass. civ., 8 marzo 2006, n. 4925; Cass. civ. 15 luglio 2005, n. 15021; Cass. civ. 25 luglio 1997, n. 6985.

Svolta questa premessa, quasi di maniera, la Corte, con il provvedimento in commento, inverte la rotta ed afferma che, in riferimento al danno ambientale, anche sotto il profilo processuale, il rapporto tra richiesta di tutela reale e di tutela obbligatoria dev'essere ripensato alla luce dell'evoluzione normativa che ha investito la materia.

I giudici di legittimità riconoscono, infatti, che, nella fattispecie in esame, l'iter processuale ha attraversato le tre "ere disciplinari" del risarcimento dell'illecito ambientale tipizzato: la causa è iniziata sotto la vigenza dell'art. 18, l. 349/1986; è proseguita nel vigore della prima disciplina del Codice dell'Ambiente ed, infine, si è conclusa quando già era entrata in vigore la novella operata col d.l. 25 settembre 2009, n. 135, con il quale il legislatore apportava le modifiche necessarie ad adeguare la disciplina interna alla Direttiva 35/2004/Ce e richieste dalla procedura di infrazione comunitaria. La vicenda processuale, quindi, nasceva in un tempo in cui il rimedio principale era quello del risarcimento in forma generica e si concludeva in un'epoca, quella attuale, in cui invece è il risarcimento in forma specifica - nelle precise graduazioni previste del Codice dell'Ambiente - ad assicurare a tutela risarcitoria principale. Svolta questa premessa, la Corte osserva che, ai sensi dell'art. 303, comma 1°, lett. f), T.U.A., la disciplina del T.U.A. si applicava retroattivamente e dunque anche alle domande di risarcimento proposte sotto la vigenza dell'art. 18 l. 349/1986, con la sola esclusione delle decisioni passate in giudicato^[19]. Questo passaggio argomentativo, essenziale nel tempo in cui si è pronunciata la Cassazione ed inerente a profili di diritto intertemporale, non intacca il principio enunciato dalla Corte, che rimane valido anche ad oggi. In definitiva, la Corte qui afferma che al caso di specie dev'essere applicata la disciplina del novellato Codice dell'ambiente. E' però evidente che nelle vicende successive alle modifiche del T.U.A. del 2009 questo passaggio logico-argomentativo non si rende necessario, stante che la nuova disciplina, che pone al centro il risarcimento in forma specifica, trova pacificamente applicazione.

In un secondo passaggio, immediatamente correlato al primo, i giudici di legittimità mettono in luce la ratio della novellata disciplina del risarcimento del danno ambientale ossia la necessità di modificare l'assetto interno alla luce della citata procedura di infrazione e collocare così il risarcimento in forma specifica al vertice della piramide dei rimedi offer-

ti dall'ordinamento. Il risarcimento per equivalente pecuniario viene relegato in una posizione secondaria e subordinata all'impossibilità di apprestare una tutela reale, a sua volta gradata nei tre rimedi di cui all'art. 311, comma 2°, T.U.A. La sentenza si spinge ad affermare poi - con un certo sforzo argomentativo - che la centralità della tutela risarcitoria in forma specifica fosse in realtà già rinvenibile nella precedente disciplina del 1986, laddove l'art. 18 della l. 349/1986 consentiva al Giudice di condannare anche al risarcimento del danno ambientale in forma specifica.

A questo punto, dal diritto sostanziale il ragionamento della Corte torna al piano del diritto processuale stante che il ricorso nasceva dall'asserita violazione degli artt. 122, 183 e 189 c.p.c. La primazia della tutela reale, esaltata dalla disciplina riformata nel 2009 ed imposta dal diritto europeo, determina la necessità di ritenere che la richiesta di condanna al risarcimento in forma specifica sia sempre sottesa alla domanda di condanna al risarcimento per equivalente.

Ciò si rende necessario anzitutto poiché il diritto processuale deve modellarsi sulla struttura del sottostante del diritto sostanziale^[20] e deve rispondere alle esigenze del diritto sostanziale, sia interno che europeo. In un contesto normativo in cui è il risarcimento in forma specifica ad avere primazia, ed in cui il risarcimento per equivalente assume un carattere secondario, dev'essere ripensato il rapporto tra domanda di tutela reale e di tutela obbligatoria; conseguentemente, il principio di preclusione deve essere reinterpretato nel senso di consentire alla tutela risarcitoria in forma specifica di operare anche quando richiesta, per la prima volta, oltre le barriere preclusive di cui all'art. 183, commi 5° e 6°, c.p.c.

Pertanto, la necessità di adeguare la portata del principio di preclusione alle esigenze del diritto sostanziale emerge poi sotto il profilo costituzionale del rapporto tra fonte nazionale e diritto derivato dell'Unione europea. La disciplina interna è, difatti, collocata in posizione subordinata al diritto europeo, come esplicitato dal novellato art. 117 Cost. In virtù di detto rapporto gerarchico, la Direttiva s'impone sia sul diritto nazionale che costituisce l'oggetto diretto dell'armonizzazione - in questo caso il diritto sostanziale che regola il risarcimento del danno ambientale -, sia su quei settori dell'ordinamento che in apparenza non hanno alcun contatto con la disciplina sovranazionale. In sostanza, dice la Corte, è tutto l'ordinamento ad es-

[19] Tale norma, peraltro, è stata abrogata dalla cd. "Legge europea" del 2013 (l. 6 agosto 2013, n. 97);

[20] Cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile - I Principi generali*, Milano, 2017, p. 56: "[...] il processo è al servizio del diritto sostanziale: dal diritto sostanziale prende le mosse, al diritto sostanziale ritorna. Il ponte fra il diritto sostanziale e processo è costituito dalla domanda giudiziale; il ponte tra il processo e il diritto sostanziale è costituito dal provvedimento giurisdizionale. Le norme processuali disciplinano appunto questi due atti estremi, nonché ovviamente tutti gli altri atti intermedi tra il primo ed il secondo"

sere soggetto al diritto dell'Unione; tutti gli ambiti del diritto, dunque, devono essere interpretati nel segno del diritto europeo, anche quello processuale. Sebbene la Direttiva 35/2004/Ce non menzioni affatto il diritto processuale, né tantomeno la disciplina in punto di preclusioni processuali, questo non è esente da un'interpretazione che sia ad essa conforme^[21].

4. Conclusione

A distanza di qualche anno, la sentenza in commento rimane una pronuncia di grande interesse sia sul piano del diritto sostanziale, che sul piano processuale. Sotto il primo aspetto, sembra che la ricostruzione esegetica della disciplina del risarcimento del danno ambientale operata dalla Corte abbia anticipato la l. n. 97 del 2013^[22], con la quale è stata conferita ulteriore centralità al rimedio risarcitorio reale. Il primo comma dell'art. 311 T.U.A. continua a prevedere, accanto al rimedio principale del risarcimento in forma specifica, quello del risarcimento in forma generica, rimanendo dunque inalterato^[23]; il secondo comma, invece, per le attività di cui all'Allegato 5 alla Parte sesta del Codice dell'ambiente, non prevede più in subordine il risarcimento per equivalente, bensì solo l'obbligo di provvedere alle misure di riparazione previste dal Codice. Viene dunque confermata la primazia del rimedio reale, mentre il rimedio obbligatorio rimane relegato alle ipotesi residuali di cui al primo comma dell'art. 311 T.U.A. I giudici di legittimità, pertanto, non solo hanno analiticamente ricostruito l'evoluzione normativa in materia di risarcimento del danno ambientale, ma hanno a ben vedere preannunciato la riforma del 2013.

Sul terreno del diritto processuale il contenuto della pronuncia

pare, se possibile, ancora più attuale. Dalle pagine della sentenza sono due gli elementi innovativi che emergono: anzitutto, la necessità di interpretare la disciplina processuale delle preclusioni conformemente alle priorità stabilite dalla materia del danno ambientale, così che la domanda di condanna al risarcimento in forma specifica - dato la peculiarità della materia - debba ritenersi una mera precisazione della domanda e non, come altrimenti avviene, una *mutatio libelli* ^[24]; ancora, viene ribadita la subordinazione di tutto l'ordinamento, anche delle norme di rito, al diritto derivato dell'Unione, con la conseguenza che una reinterpretazione elastica del principio di preclusione s'impone anche in ragione della necessità di conformare l'ordinamento interno a quello dell'Unione. Entrambi gli approdi esegetici raggiunti dalla Corte sono accomunati dal fatto che il diritto europeo impone una tutela effettiva del bene ambiente, e ciò anche al costo di forzare il tenore letterale delle norme di rito nazionali. Questo dato, letto insieme a quello per cui in seno alle istituzioni europee è in atto un processo - politico e giuridico - di crescente attenzione verso le problematiche ambientali, impone di continuare a monitorare con attenzione la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia. Sarà infatti interessante vedere come i giudici di legittimità intenderanno il rapporto tra le istanze sovranazionali di tutela dell'ambiente ed il diritto processuale interno. Con tutta probabilità, c'è da attendersi che la Corte prosegua nel percorso esegetico inaugurato con la sentenza qui in commento, con la conseguenza che anche altri istituti del diritto processuale nazionale diverranno presto oggetto di un'interpretazione "creativa", mirata a garantire le esigenze di tutela del bene ambiente, da un lato, e dall'altro a consentire la piena attuazione del diritto comunitario^[25].

[21] Il rapporto tra diritto europeo ed ordinamenti processuali interni è stato oggetto di un rilevante dibattito in seno alla Corte di Giustizia, che ha condotto a due opposte concezioni: la prima afferma l'autonomia processuale degli Stati membri, per cui le norme di rito darebbero vita ad un autonomo sistema strumentale di garanzia; la seconda, invece, ritiene che alla luce del principio di effettività il diritto processuale, così come quello sostanziale, sia in ogni caso tenuto a consentire la piena attuazione della disciplina comunitaria. Dal secondo dei paradigmi elaborati dalla Corte di Giustizia, deriva la necessità di disapplicare le norme processuali nazionali laddove queste ostacolano l'effettiva attuazione del diritto europeo. La decisione qui in commento, seppure senza arrivare alla disapplicazione della disciplina codicistica delle preclusioni, si colloca nel solco del secondo orientamento giurisprudenziale. Per un approfondimento, cfr. CANIZZARO, Sui rapporti fra i sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, 3, p. 447.

[22] Trattasi della cd. "Legge europea 2013", intervenuta a seguito della (ulteriore) procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea per il mancato corretto recepimento della Direttiva Ce 2004/35. Sul punto cfr. BARBIERATO, La nuova tutela risarcitoria del danno ambientale, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2016, p. 2040 e ss. V. anche SALANITRO, La novella sulla responsabilità ambientale nella "legge europea" del 2013, in *NLCC*, 6, 2013, p. 1309 e ss. La ratio dell'intervento legislativo in parola è ben ricostruita dalle citate Cass. civ., sez. III, sent. 6 maggio 2015, n. 9012 e da Corte Cost., sent. 1 giugno 2016, n. 126.

[23] Il permanere del rimedio risarcitorio per equivalente viene ritenuto un mero errore del legislatore da BARBIERATO, La nuova tutela risarcitoria del danno ambientale, in *Responsabilità civile e previdenza*, cit., p. 2045 e ss.

[24] Circa il confine tra *mutatio* ed *emendatio libelli* è di recente intervenuta Cass. civ., S.U., sent. 13 settembre 2018, n. 22404.

[25] Uno degli istituti di diritto processuale che già attualmente sembra in attrito con le indicazioni di matrice sovranazionale, è quello della legittimazione ad agire per la richiesta di risarcimento del danno ambientale. Infatti, mentre il Codice dell'ambiente prevede la legittimazione attiva del solo Ministero, sia la Corte di giustizia, che la Commissione europea richiedono che anche i singoli - ed in particolare le associazioni ambientaliste - siano legittimati ad agire, quantomeno ogni qual volta la lesione dell'ambiente derivi dalla violazione di norme europee. In questo senso, v. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 16 dicembre 2010 nella Causa C-115/09; ancora v. Comunicazione della Commissione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale del 28 aprile 2017 C (2017) final. Sul tema cfr. GALANTI, Quale spazio per la legittimazione ad agire dei singoli in materia ambientale: considerazioni alla luce della normativa europea, in corso di pubblicazione.

CONCORRENZA E ACCORDI

Onere della prova in tema di accordi e pratiche anticoncorrenziali: un'ultima pronuncia del Tribunale UE (sentenza del 28 marzo 2019, T-433/16)

di Lucilla Galanti

del 27 maggio 2019

Sommario

1. Il caso di specie
2. Alcuni principi sulla prova di condotte anticoncorrenziali
3. L'applicazione delle regole probatorie ai fatti di causa
4. (Segue): l'esistenza di un'infrazione unica e continuata
5. L'estensione della partecipazione all'accordo anticoncorrenziale
6. Una riflessione conclusiva

1. Il caso di specie

Con la sentenza in commento^[1], il Tribunale dell'Unione Europea è stato chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di una decisione della Commissione in materia di accordi e pratiche anticoncorrenziali.

Secondo la decisione impugnata^[2], la società ricorrente - specializzata nel trattamento dei metalli - aveva partecipato ad un'intesa volta a coordinare i prezzi degli abrasivi nell'intero Spazio economico europeo (SEE), sulla base di due distinti profili; da un lato, le società partecipanti avrebbero introdotto un metodo di calcolo uniforme pervenendo ad una maggiorazione coordinata del prezzo degli abrasivi (chiamata, nella pronuncia, «maggiorazione dei rottami»); dall'al-

tro, esse avrebbero convenuto di coordinare il loro comportamento rispetto ai prezzi di vendita degli abrasivi praticati a clienti individuali, impegnandosi a non farsi concorrenza tramite riduzioni di prezzo.

Tra i motivi di impugnazione proposti^[3], la società ricorrente contestava anche l'insufficienza degli elementi di prova sui quali la Commissione Europea aveva fondato la partecipazione all'intesa, così conferendo al Tribunale l'occasione per ripercorrere alcuni principi in tema di onere della prova in materia^[4].

2. Alcuni principi sulla prova di condotte anticoncorrenziali

Norma cardine sul punto è l'art. 2 del Regolamento (CE) n.

[1] Sentenza del Tribunale UE, 28 marzo 2019, T-433/16, in eur-lex.europa.eu.

[2] Si tratta della decisione della Commissione C(2016) 3121 final, del 25 maggio 2016.

[3] In particolare, la ricorrente chiedeva l'annullamento della decisione, la sua riforma o la riduzione dell'ammenda. Nella prospettiva adottata, la decisione sarebbe stata viziata, in primo luogo, da una violazione del principio di imparzialità del giudizio, del principio della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa; in secondo luogo, da una violazione dell'art. 101 TFUE e 53 dell'accordo SEE, da insufficienza e contraddittorietà della motivazione, nonché dalla violazione dei diritti della difesa e delle norme relative all'onere della prova, in quanto la Commissione avrebbe imputato alla ricorrente il coinvolgimento nell'intesa in assenza di prove; in terzo luogo, da una violazione dell'art. 101 TFUE e 53 dell'accordo SEE, poiché la Commissione aveva ritenuto che l'intesa costituisca una restrizione della concorrenza per oggetto; veniva poi contestata la durata della partecipazione all'intesa e invocata la prescrizione. Rispetto alla riduzione dell'ammenda, si deduceva invece la violazione dell'obbligo di motivazione nonché dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento.

[4] V. punti 105 ss. della sentenza in commento. Il diritto europeo delle prove rappresenta una materia complessa; si mette infatti in rilievo come «non si presti a grandi sintesi e non possa essere oggetto di superbi affreschi», richiedendo, piuttosto, la «pazienza del miniaturista»: P. Biavati, Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 484.

1/2003[5], che pone l'onere della prova di condotte anticoncorrenziali - in particolare, in violazione degli artt. 101 e art. 102 TFUE, relativi, rispettivamente, al divieto di pratiche e accordi anticoncorrenziali, nonché di abuso di posizione dominante[6] - in capo all'autorità che asserisce l'infrazione[7]; nel caso di specie, la Commissione.

Quest'ultima, nella fase pre-processuale disciplinata dal Regolamento[8], deve raccogliere elementi di prova sufficienti a dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi dell'infrazione[9], ed è a tal fine investita di rilevanti poteri di natura inquisitoria[10]; poiché in materia vige un principio di presunzione di innocenza, inoltre, l'eventuale dubbio residuo sulla condotta anticoncorrenziale deve risolversi a vantaggio dell'impresa[11].

In concreto, tuttavia, l'onere probatorio posto in capo alla Commissione risulta alquanto agevolato: ogni elemento pro-

dotto, come specifica il Tribunale, «non deve necessariamente essere preciso e costituire di per sé una prova autonoma dell'infrazione», risultando invece sufficiente che la prova emerga da «un complesso di indizi e di elementi» valutati congiuntamente.

Allo stesso tempo, si ammette un ampio uso di prove presuntive: in ragione della segretezza che normalmente circonda gli accordi anticoncorrenziali, e della conseguente scarsa documentazione degli stessi, gli indizi rappresentano infatti un mezzo di prova privilegiato[12]. D'altra parte si sottolinea come, quand'anche fossero presenti documenti idonei ad attestare in termini espliciti un contatto tra le società coinvolte nell'infrazione[13], si tratterebbe comunque di elementi frammentari e sporadici, da integrare tramite una ricostruzione per deduzioni[14].

Rispetto al valore da attribuire al catalogo degli elementi

[5] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002.

[6] L'art. 101 TFUE (ex articolo 81 del TCE), par. 1, vieta gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno; divieto che, però, ai sensi del par. 3, incontra alcune ipotesi di esenzione. L'art. 102 (ex articolo 82 del TCE), invece, vieta, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

[7] Ai sensi dell'art. 2, infatti, in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli artt. 101 e art. 102 TFUE, l'onere della prova dell'infrazione incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione di una delle cause di inapplicabilità dell'art. 101, par. 3, l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte.

[8] Si mette in rilievo che il Regolamento «disciplina direttamente soltanto la fase precontenziosa davanti alla Commissione e alle autorità garanti nazionali, ma non prevede alcuna disposizione di carattere processuale in senso stretto. In altre parti, si tratta di regole destinate all'applicazione in un procedimento di natura non giurisdizionale»: R. Bonatti, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 193.

[9] V. punto 107 della sentenza. Si v. anche la sentenza del 12 aprile 2013, CISAC/Commissione, T-442/08. Sul tema della prova dell'infrazione, v. F. Ghezzi - M. Maggiolino, *Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte*, in Riv. soc., 2013, 1259.

[10] I singoli poteri di cui è investita la Commissione trovano specificazione agli artt. 17 ss. del Regolamento, ove si prevede un potere di indagine, di richiedere informazioni, di raccogliere dichiarazioni, oltre a un generale potere di accertamento. Si ritiene però che la Commissione sia gravata altresì di un onere di prova contrario; essa, cioè, è tenuta a esaminare non solo gli elementi di fatto che possono provare l'esistenza di un piano di insieme, ma anche quelli che possono metterlo in dubbio: v. punto 247 della sentenza.

[11] V. punto 108.

[12] Come sottolinea il Tribunale, «l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale, nella maggior parte dei casi, deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole di concorrenza»: v. punto 112. Inoltre, la Commissione può tenere conto anche di elementi accertati al di fuori del periodo di infrazione, avvalendosi di circostanze fattuali precedenti o successive al comportamento anticoncorrenziale per confermare il contenuto di un elemento oggettivo di prova: punto 113. Si v. le sentenze del 17 settembre 2015, Total Marketing Services/Commissione, C-634/13 P; del 26 gennaio 2017, Commissione/Keramag Keramische Werke e a., C-613/13 P; del 16 giugno 2015, FSL e a./Commissione, T 655/11.

[13] Come potrebbero essere i resoconti di una riunione intercorsa tra le imprese.

[14] V. punto 111. Le prove documentali conservano, com'è ovvio, un valore probatorio «rinforzato» rispetto alle mere presunzioni; per contestarne l'efficacia, infatti, non è sufficiente presentare un'alternativa ricostruttiva a quella che su di esse si è fondata, ma occorre contestarne esplicitamente l'insufficienza dimostrativa. Una particolare rilevanza è attribuita anche «ai documenti redatti in immediata concomitanza con i fatti o da un testimone diretto», nonché alle eventuali dichiarazioni rese dalle altre imprese coinvolte nell'infrazione; le quali, però, se contestate, devono essere suffragate da ulteriori elementi (punti 114 e 117-119 della sentenza in commento). Su tali aspetti, si v. la sentenza del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione, sulle cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P; dell'8 luglio 2004, JFE Engineering e a./Commissione, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00; del 20 maggio 2015, Timab Industries e CFPR/Commissione, T-456/10.

probatori, poi, emerge una discrezionalità ampia; nel diritto dell'Unione Europea in materia, infatti, non diversamente dall'ordinamento interno, il criterio di valutazione della prova si fonda sul principio del libero apprezzamento, con la conseguenza che, quando un elemento di prova sia stato ottenuto regolarmente, la sua ricevibilità non può essere contestata dinanzi al Tribunale^[15].

3. L'applicazione delle regole probatorie ai fatti di causa

Nel caso di specie, la società ricorrente adduceva la violazione delle regole sull'onere probatorio esistente in capo alla Commissione con riferimento ad entrambi i profili rilevanti dell'intesa - ossia, l'adozione del metodo di calcolo «maggiorazione rottami» e il coordinamento della clientela -, oltre che rispetto alla partecipazione a un'infrazione unica e continuata. I motivi di contestazione, tuttavia, sono stati respinti dal Tribunale.

Quanto all'adozione del metodo di calcolo di maggiorazione, il Tribunale ha escluso che, a fronte degli elementi forniti, la Commissione non abbia sufficientemente dimostrato la responsabilità della ricorrente. Da un lato, infatti, si ritiene che l'applicazione della maggiorazione dei rottami sia rivestito di un carattere di automaticità; dall'altro, sarebbero stati comunque valorizzati contatti «limitati ma significativi» intercorsi tra la ricorrente e gli altri partecipanti all'intesa^[16]. Anche in relazione al secondo profilo dell'intesa, ossia il coordinamento delle condizioni commerciali applicate dalle società partecipanti rispetto a determinati clienti individuali - con riferimento al quale la Commissione aveva concesso alla ricorrente una riduzione dell'importo dell'ammenda, in ragione del carattere più limitato della sua partecipazione - il Tribunale ha ritenuto soddisfatto l'onere della prova^[17]. In proposito, viene in rilievo la distinzione tra responsabilità dell'impresa ad un'infrazione unica e continuata, possibile anche laddove la partecipazione abbia riguardato solo in parte i comportamenti collusivi, e responsabilità individuale per l'infrazione, fondata invece sul comportamento tenu-

to dalla singola impresa; comportamento che, in ragione del principio di individualizzazione della sanzione, rileva ai fini del calcolo dell'ammenda. L'onere della prova incombente sulla Commissione, infatti, non riguarda la partecipazione a tutti gli atti in cui si è concretizzata l'intesa o ad ogni singolo elemento costitutivo della medesima; al contrario, laddove l'impresa abbia deliberatamente deciso di partecipare ad un'infrazione unica e continuata, può essere ritenuta responsabile per l'infrazione nel suo complesso, per tutta la durata della sua partecipazione^[18].

Su tali basi, dunque, non si esclude che la prova possa riguardare una ridotta partecipazione alle riunioni e ai contatti tramite i quali si è concretizzata l'intesa; al contrario, il Tribunale ritiene sufficiente l'esistenza di prove documentali «serie, circostanziate, precise e concordanti» rispetto al coordinamento relativo a determinati clienti individuali anche in un numero ridotto di Stati SEE^[19].

4. (Segue): l'esistenza di un'infrazione unica e continuata

La ricorrente afferma altresì che la mera esistenza di contatti con le altre società coinvolte nell'intesa non consentirebbe di ritenere provata la conoscenza o conoscibilità, da parte sua, di un'infrazione unica e continuata, profili rispetto ai quali la Commissione non avrebbe assolto l'onere della prova^[20].

Tuttavia, anche questa censura è stata superata dal Tribunale; infatti, qualora diverse azioni si collochino all'interno di un unico «piano d'insieme», identificato in ragione di uno stesso oggetto di distorsione della concorrenza all'interno del mercato comune, la Commissione può imputare la responsabilità della partecipazione per l'infrazione unitariamente considerata^[21].

A tal fine, peraltro, può venire in rilievo una prova “doppiamente” presuntiva.

Innanzitutto, rispetto alle condotte in cui si è estrinsecata l'infrazione: non è infatti necessaria la prova della partecipazione diretta a ciascuna delle attività esecutive dell'intesa, ma anche solo la loro conoscenza o conoscibilità^[22].

[15] V. punto 115. Su tali basi, si afferma pure che «l'unico criterio pertinente ai fini della valutazione del valore probatorio delle prove regolarmente prodotte consiste nella loro attendibilità». In ogni caso, il Tribunale precisa che il valore probatorio del documento, e così pure la sua attendibilità, dipendono dalla sua fonte, dalle circostanze in cui è stato redatto, dal suo destinatario e dalla serietà e attendibilità del suo contenuto (punto 116).

[16] V. punti 147 ss.

[17] Punti 175-176.

[18] Punti 178 ss.

[19] Si trattava, in particolare, di cinque Stati rispetto ai ventuno in cui la ricorrente vendeva abrasivi.

[20] Punti 236 ss.

[21] Punto 243. V. anche la sentenza del 6 dicembre 2012, Commissione/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P.

[22] Qualora infatti un'impresa abbia partecipato direttamente solo ad alcuni dei comportamenti anticoncorrenziali che compongono l'infrazione unica e continuata, quest'ultima può comunque esserle imputata nel suo insieme laddove conoscesse, o potesse ragionevolmente prevedere accettandone di conseguenza il rischio,

In secondo luogo, anche l'unicità dell'infrazione può essere desunta da elementi indiretti. Infatti, la dimostrazione che gli accordi o le pratiche concordate si inseriscono in un piano globale in esecuzione di un'unica intesa[23], consapevolmente posta in essere dalle imprese partecipanti allo scopo di realizzare uno stesso obiettivo anticoncorrenziale, può emergere da un elemento oggettivo ed uno soggettivo.

Quanto al primo, per dimostrare l'esistenza di un piano di insieme la Commissione può avvalersi di un «indizio obiettivo» qual è il rapporto di complementarità tra accordi o pratiche concordate, che si verifica laddove diverse condotte contribuiscano, interagendo reciprocamente, alla realizzazione di un obiettivo anticoncorrenziale unico[24]. Per quanto riguarda invece l'elemento intenzionale, è necessaria la prova di una comune volontà delle imprese coinvolte[25]. Per imputare la partecipazione ad un'infrazione unica e continuata nel suo complesso ad un'impresa che abbia posto in essere solo talune attività collusive, infatti, la Commissione deve dimostrare che tale impresa conosceva, o poteva ragionevolmente prevedere, l'insieme delle operazioni anticoncorrenziali attuate dalle altre partecipanti all'intesa[26].

Nel caso di specie, il Tribunale ha considerato raggiunta una prova siffatta; si ritiene, infatti, dimostrato che la ricorrente abbia contribuito «in modo intenzionale alla realizzazione del piano globale» diretto a restringere la concorrenza sui prezzi[27]. Ciò in quanto, da un lato, la società era stata «all'origine» dell'accordo relativo al calcolo della maggiorazione dei rottami, ideato sulla base di un sistema che ne consentiva l'applicazione automatica all'interno del SEE, contribuendo poi alla relativa attuazione; dall'altro, essa era coinvolta nei contatti anticoncorrenziali intesi a realizzare il coordinamento relativo ad alcuni clienti individuali. Tali profili dell'intesa «perseguivano esattamente lo stesso obiet-

tivo di restringere la concorrenza sui prezzi», vertendo su prodotti identici e trovando attuazione ad opera e su iniziativa delle stesse imprese[28].

Di conseguenza, la partecipazione - benchè «relativamente esigua» - della ricorrente alle riunioni multilaterali e agli altri contatti con le imprese coinvolte, non poteva considerarsi di per sé idonea a escludere la conoscenza o la prevedibilità dell'intesa nel suo insieme, né l'adesione alla stessa.

Su tali basi, il Tribunale ha condiviso la conclusione della Commissione, ritenendo che la ricorrente conoscesse, o potesse ragionevolmente conoscere, i comportamenti illeciti degli altri partecipanti all'intesa, accettandone il rischio[29].

5. L'estensione della partecipazione all'accordo anticoncorrenziale

Infine, dalla ricorrente veniva censurata anche la mancanza di prova dell'estensione territoriale della propria partecipazione all'intesa anticoncorrenziale. La società, in particolare, non contestava l'estensione a livello del SEE dell'intesa nel suo complesso, né la prova della medesima, ma soltanto quella della propria partecipazione.

Neppure tale censura, però, è stata accolta. Per il Tribunale, infatti, una volta accertata la partecipazione ad un'infrazione unica e continuata estesa a livello del SEE, non rileva che il concreto apporto della ricorrente si sia limitato ad esplicarsi in uno spazio più limitato; ciò laddove, anche in tal caso, fosse informata della sua portata geografica, o potesse ragionevolmente prevederlo accettandone il rischio, come il Tribunale ha ritenuto dimostrato[30].

6. Una riflessione conclusiva

L'accertamento dei fatti in materia di infrazioni alle norme sulla concorrenza, condotto dalla Commissione e dalle auto-

anche gli altri comportamenti illeciti previsti o posti in essere dagli altri partecipanti all'intesa: punto 244.

[23] Sulla distinzione tra nozione di pratica concordata e accordo, anche a fini probatori, v. M. Filippelli, Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche, in Riv. soc., 2018, 173 ss. Sulla prova dell'accordo anticoncorrenziale e della pratica concordata, v. F. Ghezzi - M. Maggiolino, Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte, cit., 1249 e 1250. Su tali aspetti, v. M. Libertini, Diritto della Concorrenza nell'Unione Europea, Milano, 2014, 118 ss.

[24] Allo stesso modo l'esistenza di un piano di insieme può essere desunta da elementi presuntivi quali il periodo di applicazione, il contenuto, i metodi utilizzati, l'obiettivo dei diversi comportamenti in questione. V. punti 245-247.

[25] A venire in rilievo al fine di inferire l'esistenza di una volontà comune sono «indizi endogeni», che, mostrando una contrarietà alla razionalità economica che contraddistingua l'operato delle imprese, fanno emergere la ragionevole impossibilità di spiegare in altro modo i comportamenti delle imprese sul mercato: F. Ghezzi - M. Maggiolino, Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte, cit., 1257.

[26] V. punti 248 ss. Sul tema, v. sentenza del 10 ottobre 2014, Soliver/Commissione, T-68/09.

[27] Punto 253.

[28] Punti 254-256.

[29] Punto 257.

[30] Punti 258 ss.

rità nazionali^[31], merita, nell'eventuale fase di impugnazione della decisione, una verifica giudiziale stringente, al fine di garantire alle parti coinvolte un effettivo controllo sul rispetto dei diritti difensivi. Gli ampi poteri istruttori di cui la Commissione è investita nella fase pre-processuale dovrebbero trovare bilanciamento nel successivo esame giudiziale,

anche rispetto al corretto assolvimento dell'onere della prova e della sua valutazione. Il caso di specie mostra, tuttavia, la difficoltà di una ponderazione rigorosa nei casi in cui è fisiologica una preponderanza di elementi presuntivi, il cui valore probatorio riposa su una discrezionalità (forse, inevitabilmente) ampia^[32].

^[31] Sul controverso accertamento dei fatti da parte di organi non giurisdizionali in materia antitrust, e, in primis, sul ruolo svolto dalla Commissione, v. P. Biavati, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, 106 ss. e 117, ove si rileva come il quadro normativo non garantisca pienamente l'accertamento giudiziale delle violazioni. D'altra parte, a fronte della «marcata attitudine inquisitoria del procedimento [...] a sopportare il peso probatorio maggiore rischia di essere l'impresa denunciata, nonostante la formulazione apparentemente neutra dell'art. 2»; ciò dipende anche dalla «esatta determinazione del quantum di prova richiesto alla Commissione», poichè, se per dimostrare l'illiceità del comportamento sono ritenuti sufficienti «soltanto pochi elementi, in ipotesi anche indiretti o indiziari», l'onere della prova finisce per essere, di fatto, «quasi completamente posto sull'impresa, che dovrebbe dimostrare il contrario»: R. Bonatti, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, cit., 201.

^[32] D'altra parte, «se è vero che i poteri di indagine degli organi preposti alla tutela del diritto antitrust non sono certo illimitati e che il loro esercizio è soggetto a precise verifiche di legittimità», tuttavia, «la loro dimensione è strutturalmente non tipizzata», risultando difficile pervenire ad una «precisa delimitazione dei modi per raggiungere la prova»: P. Biavati, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, cit., 500.

ECCEZIONI E DOMANDE NON RIPROPOSTE IN APPELLO: QUALE DECADENZA?

Le Sezioni Unite stabiliscono il termine di decadenza per la riproposizione ex art. 346 c.p.c.

di Alessia D'Addazio

del 29 maggio 2019

Sommario

1. Premessa.
2. Lo svolgimento del giudizio di merito che ha condotto alla pronuncia nomofilattica
3. La disciplina processuale applicabile *ratione temporis* e la sua irrilevanza nella cornice logica della sentenza delle Sezioni Unite
4. Percorsi logici dell'ordinanza interlocutoria e della sentenza delle Sezioni Unite
5. Osservazioni

1. Premessa

Con l'ordinanza interlocutoria 7 dicembre 2017, n. 29499, la Terza Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione se - nel sistema delle preclusioni introdotto dal D.L. n. 432/1995, convertito con L. n. 534/1995, in forza del combinato disposto degli artt. 346, 347, 166 e 167 cod. proc. civ. - la domanda di garanzia o di regresso condizionata all'accoglimento della domanda principale già respinta in primo grado debba essere riproposta all'appellato, a pena di decadenza, con la tempestiva costituzione in appello e, cioè, entro i termini stabiliti per la costituzione nei procedimenti davanti al tribunale oppure se, in mancanza di una barriera preclusiva, la riproposizione possa essere effettuata anche successivamente e fino alla precisazione delle conclusioni.

Il contrasto viene composto dalle Sezioni Unite con ampliamento del perimetro oggettivo delineato dall'ordinanza di remissione (limitata alla disciplina processuale previgente e alle sole domande di garanzia e regresso, con esclusione delle eccezioni) [1] con affermazione del seguente principio di diritto: "Nel processo ordinario di cognizione risultante dalla novella di cui alla L. n. 353 del 1990, e dalle successive modifiche, le parti del processo di impugnazione che costituisce pur sempre una *revisio prioris instantiae* nel rispetto dell'au-

toresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale: art. 343 c.p.c.), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c., le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza, trattandosi di fatti rientranti già nel *thema probandum* e nel *thema decidendum* del giudizio di primo grado".

La questione attinente al termine finale entro il quale la riproposizione ex art. 346 cod. proc. civ. può essere formulata è stata per lungo tempo variamente e difformemente risolta, con una spinta restrittiva fornita dalla dottrina, che ha per lo più escluso che la riproposizione potesse essere formulata nel corso del giudizio di appello financo in sede di precisazione delle conclusioni [2], e un orientamento più estensivo invocato dalla giurisprudenza maggioritaria. Nell'ordinanza interlocutoria viene espressa la preferenza per la soluzione che consente la riproposizione entro la costituzione dell'appellato tempestivamente depositata, definita "maggiormente corrispondente al principio costituzionale della ragionevole durata del processo", per mezzo del richiamo a varie argomentazioni che vengono in gran parte e sinteticamente ri-

[1] Come auspicato da Godio, La riproposizione ex art. 346 c.p.c. ritorna alle SS. UU.: v'è un termine di decadenza anteriore all'udienza di p.c. (e se sì, quale?), nota a Cass. civ., ord. 7 dicembre 2017, n. 29499, in *Corr. giur.*, 2018, 2, 235 ss.

[2] A titolo esemplificativo, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 445; Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 151; Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2013, 389.

prese, per adesione o per scostamento, dalle Sezioni Unite, le quali, sulla scorta di un “contemperamento del principio del giusto processo inteso ad una più rapida decisione della causa con le altre garanzie”, giungono ad accogliere una soluzione restrittiva “a metà” rispetto a quella più restrittiva invocata dalla sezione rimettente, ammettendo che formulazione della riproposizione possa avvenire entro il primo atto difensivo dell’appellato e sino alla prima udienza in caso di costituzione tardiva, con esonero dall’obbligo del rispetto del termine di decadenza di venti giorni prima dell’udienza ex art. 350 c.p.c.

La pronuncia delle Sezioni Unite in esame si colloca nel solco di una giurisprudenza di legittimità molto attenta negli ultimi anni a circoscrivere e definire i meccanismi di funzionamento degli istituti che governano il giudizio di appello [3]. Tra questi, la riproposizione ha occupato un ruolo non marginale, per via degli incerti confini che la separano dall’istituto dell’appello incidentale, della tormentata e rischiosa nozione di “giudicato interno”, poi corretta da quella, più equilibrata, di “preclusione processuale”, della difficoltà esegetica dell’espressione “non accolte” di cui all’art. 346 c.p.c., e del dubbio sull’identificazione del termine di decadenza per la sua formulazione. Così, dal 2016 al 2019 si sono susseguiti tre interventi delle Sezioni Unite che hanno risolto alcune delle problematiche interpretative connesse a tale istituto [4]. L’intervento del 2016, sottolineando l’irrelevanza della qualificazione dell’appello quale *revisio prioris instantiae* ovvero *novum iudicium* per il profilo oggetto di esame, ha precisato che “al concetto di riproposizione deve ritenersi estraneo ogni profilo di deduzione di una critica alla decisione impu-

gnata”, essendo limitato ad una proposizione al giudice di appello di domande od eccezioni così come esse sono state poste in primo grado (conclusosi con rituale assorbimento di tali domande ed eccezioni) e con conseguente riconducibilità all’onere di impugnazione incidentale, in caso di vittoria in primo grado, anche delle eccezioni che siano state implicitamente, ma “chiaramente ed inequivocamente”, rigettate [5]. L’anno successivo le Sezioni Unite, riconfermando l’adesione alla tesi riduttiva dell’art. 346 c.p.c. nel senso di escludere la riproposizione in tutti i casi in cui le domande ed eccezioni non siano state legittimamente assorbite (con onere di impugnazione in caso di pretermissione della domanda o eccezione e di implicito rigetto delle stesse) nonché la natura dell’appello quale *revisio prioris instantiae* [6], hanno individuato il campo di operatività del potere-dovere di rilievo d’ufficio delle eccezioni di cui all’art. 345 cpv., c.p.c., sulla premessa che sull’eccezione non esaminata in primo grado non si forma il giudicato ex art. 329 cpv., c.p.c., così affermando che il rilievo d’ufficio dell’eccezione in senso lato da parte del giudice investito del giudizio di appello concorre o con l’onere di impugnazione incidentale, qualora il convenuto (o l’attore che abbia formulato eccezione in senso lato avverso la domanda riconvenzionale ex adverso spiegata) sia soccombente in primo grado, o con l’onere di riproposizione, in caso di sua totale vittoria.

Di qui la terza pronuncia, su cui ci si sofferma brevemente a riflettere in questa sede, che, specificando ancora una volta la natura dell’appello quale *revisio prioris instantiae* (e confermando in *obiter dicta* taluni dei principi di recente affermazione appena richiamati) vira la propria angolatura sul pro-

[3] Tra le più rilevanti, v. Cass. civ., Sez. Un., 4 maggio 2017, n. 10790 in tema di prova nuova ammissibile in appello secondo il ristretto canone di cui all’art. 345, comma 1, c.p.c.; Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, relativa al rapporto tra riproposizione e appello incidentale nelle domande di garanzia; Cass. civ., Sez. Un., 16 novembre 2017, n. 27199 con riferimento alla corretta interpretazione dei canoni di specificità prescritti dagli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012 e Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799 sulla possibilità di rilievo officioso da parte del giudice dell’impugnazione delle eccezioni in senso lato, in caso di previa formulazione da parte del convenuto nei gradi precedenti e relativo assorbimento o rigetto o mancato rispetto della gradazione di eccezioni formulata dal convenuto.

[4] Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700; Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799 e Cass. civ., Sez. Un., 21 marzo 2019, n. 7940, oggetto del presente esame. Più risalente ma di fondamentale importanza in relazione al profilo del rapporto tra proposizione e appello con riferimento all’eccezione di giurisdizione respinta in primo grado ma con vittoria nel merito, v. Cass. civ., Sez. Un., 16 ottobre 2008, n. 25246 (intervenuta una settimana dopo la “storica” Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, che ha annullato l’operatività dell’art. 37 c.p.c., sostanzialmente abrogandone la parte in cui prescrive la rilevanza del difetto di giurisdizione “in ogni stato e grado”).

[5] Consolo - Godio, Un ambo delle Sezioni Unite sull’art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d’ufficio, nota a Cass. civ., Sez. Un., 4 maggio 2017, n. 10790 e Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, in *Corr. giur.*, 2017, 11, 1416. V. altresì Consolo, Breve riflessione esemplificativa (oltre che usi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale, nota a Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, in *Corr. giur.*, 2016, 7. Invero appartiene alla successiva pronuncia Cass. 16 novembre 2017, n. 27199 l’espressione “l’art. 346 c.p.c. con l’espressione eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado (...) intende riferirsi all’ipotesi in cui l’eccezione non sia stata dal primo giudice ritenuta infondata nella motivazione né attraverso un’enunciazione in modo espresso, né attraverso un’enunciazione indiretta, ma chiara e inequivoca”.

[6] Par. 5.1. Cass. civ., Sez. Un., 16 novembre 2017, n. 27199.

filo temporale del termine di decadenza previsto per la riproposizione. Con stile piano, talvolta frettoloso, le Sezioni Unite giungono in poche pagine a fornire una soluzione sicuramente ragionevole, fedele agli auspici della dottrina e ancora una volta allo standard della ragionevole durata del processo quotidianamente invocato dalle pronunce di stampo nomofilattico, ma anche, forse, espressiva di una ormai conclamata tendenza alla creazione giurisprudenziale della *regula iuris*.

2. Lo svolgimento del giudizio di merito che ha condotto alla pronuncia nomofilattica

La fattispecie sostanziale sottesa alla pronuncia in esame trae origine da un incidente sciistico che aveva coinvolto due minori in gita scolastica, con conseguenti lesioni riportate da uno dei due. I genitori del minore rimasto ferito convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Verona i genitori dell'altro minore che aveva cagionato le lesioni per ottenere il risarcimento del danno. I convenuti allora chiamavano in causa l'Istituto Scolastico che aveva organizzato la gita, invocandone la responsabilità per omessa vigilanza ai sensi dell'art. 2048 c.c., unitamente a due compagnie assicurative. L'Istituto Scolastico, a sua volta, chiamava in causa la propria compagnia assicurativa per essere manlevato in caso di condanna. A seguito del rigetto in primo grado della domanda degli attori, questi ultimi proponevano appello dinanzi alla Corte d'appello di Venezia. Gli appellati provvedevano, dunque, a riproporre le rispettive domande di manleva con comparsa depositata il 25 ottobre 2006, cioè meno di venti giorni prima dell'udienza fissata per l'8 novembre 2006. A definizione del giudizio di appello, la Corte d'appello di Venezia, in riforma della sentenza impugnata, accoglieva la domanda degli attori mentre dichiarava inammissibile, in quanto tardivamente proposto, l'implicito appello incidentale svolto dagli appellati con riferimento alle domande di manleva svolte in primo grado. Avverso tale pronuncia, dunque, gli originari convenuti proponevano ricorso per cassazione. Di qui la remissione alle Sezioni Unite da parte della Sezione Terza, la quale, dopo aver affermato l'erroneità della qualificazione, operata dalla corte d'appello di Venezia, dell'attività svolta dagli appellati quale implicito appello incidentale anziché di riproposizione, in ragione dell'assorbimento delle domande di manleva svolte in primo grado, ha ritenuto, comunque, indispensabile stabilire se le domande dei ricorrenti fossero state tempestivamente riproposte in appello, atteso che la sud-

detta riproposizione era contenuta nella comparsa di costituzione e risposta ex art. 347 c.p.c. depositata oltre il termine di 20 giorni dall'udienza ex art. 350 c.p.c.

3. La disciplina processuale applicabile *ratione temporis* e la sua irrilevanza nella cornice logica della sentenza delle Sezioni Unite

L'ordinanza interlocutoria si sofferma poi, anche nell'ottica di circoscrivere la materia devoluta all'esame delle Sezioni Unite, sulla disciplina processuale applicabile alla causa *ratione temporis* e segnala l'opportunità di verificare se la disciplina processuale applicabile alla causa - vale a dire quella vigente all'indomani della riforma del 1995 (D.L. 18 ottobre 1995, n. 432, conv. con mod. dalla L. 20 dicembre 1995, n. 534) che ha irrigidito la dinamica del processo con l'introduzione del meccanismo delle preclusioni processuali, ma antecedente alla successiva riforma del 2005 (D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. dalla L. 14 maggio 2005, n. 80), che ha abolito l'udienza di comparizione di cui all'art. 180 c.p.c. (unificandola all'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.) e modificato l'art. 167 c.c., introducendo l'obbligo di formulare tempestivamente, ossia nel termine di cui all'art. 166 c.p.c., a pena di decadenza, le eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio - sia tale da prescrivere una barriera preclusiva per l'onere di riproposizione delle domande nei confronti dell'appellante o di altri appellati. In tale senso, dunque, la sezione rimettente si guarda bene dal formulare una richiesta più ampia di quella necessaria a risolvere la fattispecie sostanziale rimessa al suo esame [7], escludendo dal perimetro oggettivo della remissione le eccezioni in senso stretto e la disciplina processuale applicabile a seguito della riforma del 2005. È ciò, da un lato perché ciò che era stato erroneamente dichiarato inammissibile dalla sentenza d'appello impugnata era un presunto appello incidentale riferito a una domanda di manleva già posta in primo grado, che andava invece qualificato come riproposizione (stante il rituale assorbimento compiuto dal giudice di primo grado); dall'altro lato, perché la disciplina processuale applicabile *ratione temporis* era tale da escludere le eccezioni in senso stretto dalla decadenza di cui agli artt. 166 e 167 c.p.c., essendovi una doppia barriera preclusiva che consentiva di formulare le eccezioni in senso stretto sino alla memoria successiva all'udienza di prima comparizione ex art. 180 c.p.c., entro venti giorni prima dell'udienza di trattazione. Sotto tale profilo, quindi, l'ordinanza espressamente avverte che “difettan-

[7] Come caldeggiato dal Primo Presidente della Corte di cassazione con decreto del 14 settembre 2016, v. Godio, La riproposizione ex art. 346 c.p.c., cit., sub nota 4, 236.

do nel secondo grado un termine intermedio tra le udienze di comparizione e di trattazione, la barriera preclusiva del primo grado non era compatibile con l'appello e, perciò, le eccezioni potevano essere riproposte ex art. 346 c.p.c. fino all'udienza di precisazione delle conclusioni” e poi puntualmente avverte che, a seguito della riforma del 2005, siffatta differenza non è più percepibile e pertanto anche per le eccezioni in senso stretto deve ritenersi applicabile la barriera preclusiva della comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata [8].

Con riferimento a tale profilo, la pronuncia delle Sezioni Unite amplia i confini tracciati dall'ordinanza di remissione includendo le eccezioni nel perimetro del principio di diritto che viene affermato e allo stesso tempo “svilisce” l'argomento inerente all'evoluzione della disciplina processuale delle preclusioni focalizzato dall'ordinanza interlocutoria, la quale, appunto, ha fondato la suggerita soluzione “iper-restrittiva” sull'applicazione all'appello delle barriere preclusive individuate dall'art. 167 c.p.c. per il giudizio di primo grado prima e dopo la riforma ad opera del D.L. 35/2005, da ammettersi sulla base del rinvio operato dall'art. 347 c.p.c. e previa valutazione di compatibilità secondo quanto disposto dall'art. 359 c.p.c.

In effetti, le Sezioni Unite hanno, seppure senza troppo fragore e dispendio di parole, negato la possibilità di traslare in appello tali preclusioni, non ravvisando alcuna compatibilità (nel senso individuato dall'art. 359 c.p.c.) tra i termini di decadenza per le domande ed eccezioni in primo grado e la riproposizione in appello, così concretamente tralasciando la valutazione dell'evoluzione normativa dei termini di decadenza in primo grado per le domande e le eccezioni suggerita dalla sezione rimettente quale chiave interpretativa per la soluzione della questione. La decadenza per la riproposizione viene così spostata ad un momento posteriore (primo atto difensivo non oltre la prima udienza di comparizione) rispetto al termine individuato dall'art. 167 c.p.c.,

sul presupposto che l'attività di riproposizione vada iscritta nella categoria delle “mere difese” [9] e non in quella delle eccezioni, così escludendo una sua qualificazione “ontologicamente avvicinata a quella di formulazione di riconvenzionali o eccezioni in senso stretto” [10] e dunque la ratio dell'applicazione analogica degli artt. 166 e 167 c.p.c. In tale discontinuità tra ordinanza interlocutoria e soluzione nomofilattica si erge quindi una enorme differenza di vedute. Il generico richiamo nell'incipit dell'enunciazione del principio di diritto alla “novella di cui alla L. n. 353 del 1990, e (...) successive modifiche” rende manifesto l'allontanamento delle Sezioni Unite dall'approccio adottato dall'ordinanza interlocutoria nell'indagare il diverso operare dei termini di decadenza nell'evoluzione diacronica della disciplina processuale, all'esito della quale il procedimento di primo grado è risultato governato da rigidi meccanismi di preclusioni, da estendersi - sempre a detta dell'ordinanza interlocutoria - al giudizio di appello con riferimento agli istituti disciplinati da eadem ratio.

4. Percorsi logici dell'ordinanza interlocutoria e della sentenza delle Sezioni Unite

Nell'ordinanza interlocutoria viene richiamato un precedente della S.C. particolarmente espressivo dell'orientamento estensivo della giurisprudenza di legittimità maggioritaria [11], teso a consentire la formulazione della riproposizione in qualsiasi momento del giudizio di appello, sino all'udienza di p.c.

Si tratta di Cass. civ., Sez. III, 10 agosto 2004, n. 15427 (alla cui lettura si rinvia), che, sul presupposto che la riforma del 1995 sia rivolta al solo giudizio di primo grado con esclusione dell'applicazione della disciplina riformata al giudizio di appello, ritenendo che la facoltà di formulare la riproposizione ex art. 346 c.p.c. (rimasto immutato a seguito della riforma del 1995) senza termini di decadenza non cagioni alcuna disparità tra appellante e appellato [12], né tra convenuto in

[8] Godio, La riproposizione ex art. 346 c.p.c., cit., sub nota 8, 237.

[9] Nella sentenza si legge che “in mancanza di basi sistematiche che impongano di assimilare l'attività di riproposizione a quella di formulazione ex novo di domande ed eccezioni in appello (come previsto dall'art. 345 c.p.c., commi 1 e 2), non può operare il principio di preclusione, elaborato per selezionare le facoltà processuali esercitabili nella progressione del procedimento, secondo il punto di osservazione imposto dalla dialettica processuale del caso di specie, per cui la visuale elettiva dell'art. 346 c.p.c., sarebbe deviata in un ambito diverso da quello suo proprio, che va correttamente impostata sulla base della dicotomia difesa/eccezione ed altrettanto esattamente risolta nel senso della mera difesa. Diversamente si finirebbe con l'attrarre nella disciplina dell'appello incidentale anche la riproposizione di domande condizionate e/o di eccezioni non altrimenti esaminate dal primo giudice”.

[10] L'espressione è di Godio, La riproposizione ex art. 346 c.p.c., cit., 238.

[11] Con riferimento a posizioni di giurisprudenza più restrittive, vengono segnalate dall'ordinanza interlocutoria: Cass. civ. 27 aprile 2005, n. 8758; Cass. civ., sez. Lav., 27 gennaio 1987, n. n. 756; Cass. civ., sez. Lav., 16 luglio 1996, n. 6426.

[12] Viene sul punto richiamata la giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 345, comma 2, c.p.c. in relazione all'art. 3 Cost., per il diverso trattamento riservato all'appellante, che deve svolgere tutte le attività, ivi compresa la riproposizione,

primo grado e appellato in grado di appello, ed escludendo che ciò cagioni una potenziale violazione del principio del contraddittorio [13], ha affermato il seguente principio di diritto: “Per sottrarsi alla presunzione di rinuncia di cui all’art. 346 cod. proc. civ., la parte vittoriosa in primo grado ha l’onere di riproporre, a pena di formazione del giudicato implicito, in modo chiaro e preciso le domande e le eccezioni (in senso stretto) respinte o ritenute assorbite, in qualsiasi momento del giudizio di secondo grado, fino alla precisazione delle conclusioni, non potendosi in alcun modo ritenere applicabile all’appello, neppure in parte o con adattamenti, il sistema di preclusioni introdotto per il primo grado (art. 167 e segg. c.p.c.) con la novella del 1995”.

L’ordinanza interlocutoria, precisando che oggetto della pronuncia del 2004 era una eccezione di prescrizione formulata in primo grado (e non una domanda di manleva come nel caso sottoposto al suo esame), ritiene condivisibile il risultato finale della sentenza citata con riferimento alla fattispecie sostanziale ivi dedotta in giudizio, seppure sul diverso presupposto teorico che in quel caso, essendo la disciplina applicabile *ratione temporis* sicuramente precedente alla riforma del 2005, la riproposizione delle eccezioni in senso stretto non soggiaceva ad alcuna preclusione temporale (essendo in primo grado le eccezioni soggette ad una preclusione diversa incompatibile con la struttura del giudizio di appello). Quanto, invece, agli argomenti adottati dalla S.C. nel 2004, l’ordinanza interlocutoria ne prospetta (e caldeggia) il superamento sulla scorta delle seguenti osservazioni:

- il richiamo contenuto nell’art. 347 c.p.c. alle forme e ai termini per la costituzione in primo grado non può ritenersi limitato alla disciplina contenuta all’art. 166 c.p.c., che prescrive le modalità per la costituzione “almeno venti giorni prima dell’udienza di comparizione” senza pure richiamare l’art. 167 c.p.c. che disciplina le sanzioni prescritte in caso di irregolare - ovvero tardiva - costituzione;
- prima della riforma del 1995, in mancanza di preclusioni previste in primo grado per la proposizione di domande riconvenzionali o per la formulazione di istanza di chia-

mata in causa del terzo, non poteva ragionevolmente predicarsi che la riproposizione di domande ed eccezioni in appello dovesse avvenire entro la tempestiva costituzione dell’appellato in quanto, diversamente opinando, si sarebbe attribuito all’appello una disciplina più rigorosa e restrittiva di quella prevista per il giudizio di primo grado; tale limite temporale, invece, dovrebbe trovare applicazione all’indomani della riforma del 1995 e ancor più dal 2006 (a posteriori dell’inserimento delle eccezioni in senso stretto tra le attività soggette a decadenza in primo grado ex art. 167 c.p.c.) anche in ossequio al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, che impone una celere definizione dell’oggetto dell’appello in un momento anteriore all’udienza ex art. 350 c.p.c., nel rispetto della ragionevole durata del processo e delle esigenze di difesa delle parti;

- l’unione delle due udienze ex artt. 180 e 183 c.p.c. da parte della riforma del 2005 con conseguente fissazione di un’unica barriera preclusiva consentirebbe di escludere l’attuale esistenza di profili di incompatibilità tra giudizio di appello e giudizio di primo grado tali da precludere l’applicazione alla riproposizione della disciplina di decadenza di cui all’art. 167 c.p.c., “posto che il rinvio ex art. 347 c.p.c., comma 1, alle norme per la costituzione del convenuto ex artt. 166 e 167 c.p.c. consente una lettura simmetrica della disciplina dei due gradi di giudizio”;
- il sistema delle preclusioni è posto a presidio non solo delle esigenze di difesa delle parti ma anche “dell’ordine pubblico al corretto e celere andamento del processo”, come comprovato dalla rilevabilità d’ufficio che è prescritta al riguardo;
- consentire la riproposizione ex art. 346 c.p.c. in un momento successivo alla costituzione del convenuto pregiudicherebbe il diritto di difesa delle altre parti del processo, posto che l’udienza ex art. 350 c.p.c. è destinata al compimento di altre e diverse attività (art. 343, comma 2, c.p.c.);
- inoltre, l’istituto del cd. “filtro in appello” di cui agli artt. 348- bise 348- ter c.p.c. richiede una “completa esposi-

nell’atto di appello, e all’appellato, che può (ma non dopo la pronuncia oggetto del presente esame) formulare la riproposizione fino all’udienza di p.c., in ragione della diversa posizione processuale rivestita dalle parti e dei diversi oneri ricondotti a ciascuna di esse: Corte Cost., 22 aprile 1977, n. 1484 (invero il richiamo nella pronuncia è a Cass. civ., 1 febbraio 1995, n. 1141, che menziona quanto stabilito dalla Consulta).

[13] Invero l’ordinanza interlocutoria elenca con precisione l’iter argomentativo della pronuncia del 2004, così a sommi capi articolato: l’art. 347 c.p.c. rinvia a “forme e termini” della costituzione e non alle scadenze prescritte nel giudizio di primo grado e pertanto il rinvio deve intendersi limitato all’art. 166 c.p.c. e non anche al successivo art. 167 c.p.c.; la riforma del 1995 ha innovato la disciplina del primo grado e non anche la disciplina dell’appello; non vi è disparità di trattamento tra appellante, tenuto ad inserire l’eventuale riproposizione che non discenda dall’attività difensiva svolta successivamente dall’appellato nel proprio atto di appello, e appellato, in grado di formulare la riproposizione in qualsiasi momento nel corso del giudizio di appello, attesa la diversità delle posizioni ricoperte dalle parti processuali.

zione di tutte le argomentazioni dei contendenti affinché il giudice possa immediatamente pronunciare, se del caso, l'ordinanza di inammissibilità dell'appello".

Negli ultimi capoversi dell'ordinanza non manca quindi l'invito alle Sezioni Unite a fornire la "soluzione ermeneutica maggiormente corrispondente al principio della ragionevole durata del processo". L'invito, come ci si poteva attendere, è stato strategicamente colto (seppure non fino in fondo) dalla sentenza del supremo consesso, che, sulla premessa che l'art. 346 c.p.c. introduce un effetto devolutivo e non automatico delle domande condizionate e delle eccezioni formulate in primo grado e rimaste assorbite dalla relativa pronuncia [14] e che, in assenza di riproposizione, in capo alle parti si verifica "una vera e propria decadenza, con formazione di giudicato implicito sul punto" [15], discostandosi da alcune ragioni prospettate e dalla soluzione finale suggerita dall'ordinanza interlocutoria, ha così argomentato:

- l'art. 346 c.p.c. è formulato in maniera tale da escludere l'onere di riproposizione con riferimento alle "mere difese", ossia all'attività di contestazione o negazione dei fatti costitutivi fatti valere dall'attore, e riguarda solo le domande ed eccezioni "sulle quali non vi sia stata una parte praticamente soccombente", quando, cioè, la parte "sia rimasta totalmente vittoriosa nel merito";
- quanto al termine per la riproposizione, da un lato vi è la necessità che essa avvenga "all'atto di costituzione nel giudizio di appello", poiché, qualora si accogliesse la soluzione estensiva che la rende possibile sino alla precisazione delle conclusioni, si determinerebbe "un vulnus al diritto di difesa dell'appellante" (ovvero di altro appellato destinatario della riproposizione); dall'altro, invece, occorre valutare la compatibilità con la struttura dell'appello e con la ratio della riproposizione delle attività di cui all'art. 167 c.p.c. che si precludono al convenuto con la tempestiva costituzione in giudizio in primo grado ai sensi degli artt. 166 e 167 c.p.c.;
- viene allora in rilievo il particolare ruolo che la riproposizione svolge nel giudizio di appello, laddove essa non amplia l'oggetto del giudizio per mezzo dell'intro-

duzione di nuovi diritti o nuovi fatti costituenti eccezioni in senso stretto (che sarebbero soggetti alla disciplina dell'art. 345 c.p.c.), ma si limita a veicolare e introdurre l'interesse, condizionato all'accoglimento dell'appello, alla decisione su diritti ovvero eccezioni già introdotti in primo grado. In tale ottica, allora, l'attività di riproposizione non può essere ricondotta alla logica dell'introduzione ex novo di fatti dotati di autonoma efficacia giuridica rispetto a quelli costitutivi (i.e. eccezioni) o di diritti - logica questa che è posta alla base della ratio che governa il contenuto dell'art. 345 c.p.c., laddove prescrive un generale divieto di introduzione dei nova - ma va piuttosto inscritta nell'insieme di quelle attività che si traducono nella pura contestazione ovvero negazione dei fatti costitutivi e dei diritti ex adverso allegati, ossia nella categoria delle "mere difese". Risolvendo in tal senso l'identificazione della riproposizione nella dicotomia eccezione/difesa, si prospetta altresì la sua collocazione temporale all'interno della dinamica processuale, che, quindi, non può coincidere con quella prescritta in primo grado per la formulazione di eccezioni in senso stretto e di domande riconvenzionali;

- tanto, quindi, conduce ad escludere la soluzione, prospettata dalla sezione rimettente, secondo cui la riproposizione debba avvenire nel termine di cui all'art. 167 c.p.c. di venti giorni prima dell'udienza indicata nell'atto di appello. Né l'invocazione dell'interesse pubblico al corretto e celere svolgimento del processo potrebbe rilevarsi sufficiente a superare i rilievi svolti, atteso che la parte destinataria della riproposizione avrebbe a disposizione la comparsa conclusionale per argomentare le proprie difese; in ogni caso, ove si optasse per la decisione a seguito di trattazione orale ex art. 281-sexies c.p.c. e l'appellato, costituendosi tardivamente in udienza, formulasse la riproposizione di domande o eccezioni, la parte destinataria di tale riproposizione potrebbe richiedere un legittimo rinvio per controdedurre in merito [16] inducendo l'organo giudicante ad "acquisire conoscenza delle medesime difese per la eventuale trattazione orale dell'appello" in una successiva udienza;

[14] Invero nella sentenza si parla di "riproposizione delle domande e delle eccezioni respinte o ritenute assorbite" ma l'espressione "respinte" deve ritenersi non attuale alla luce delle pronunce Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700 e Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, richiamate nel primo paragrafo.

[15] Espressione corretta nel prosieguo del provvedimento, ove si precisa che "la mancata riproposizione di una domanda non esaminata in primo grado non dà luogo a giudicato ma ad una preclusione processuale" nel senso di perdita di una facoltà processuale "estinta perché non esercitata nel rispetto di un termine perentorio, ovvero consumata perché già esercitata, ovvero ancora incompatibile rispetto ad altra attività processuale svolta in precedenza".

[16] Non escludendosi, tuttavia, che tali controdeduzioni siano state già svolte in primo grado e che la parte possa, in ogni caso, richiamare le proprie argomentazioni ivi svolte.

- infine, le Sezioni Unite correttamente puntualizzano l'irrelevanza dell'argomentazione relativa all'applicazione dell'art. 348- bis c.p.c. svolta (in limine) nell'ordinanza interlocutoria, atteso che l'istituto del "filtro in appello" è rivolto alla individuazione di motivi di manifesta infondatezza dell'appello e al preventivo rigetto dello stesso, a mezzo di una dichiarazione di "inammissibilità" (laddove, in effetti, di infondatezza si tratta) che si pone a monte della dinamica processuale instauranda e non implica alcun "problema di potere-dovere decisorio" sulle domande o eccezioni riproposte^[17].

5. Osservazioni

Ricostruiti gli snodi argomentativi che hanno condotto il giudice della nomofiliachia a dipanare il dubbio in ordine alla disciplina temporale della riproposizione ex art. 346 c.p.c. nel senso di individuare un termine a metà strada tra la decadenza ex artt. 166 e 167 c.p.c. e l'orizzonte temporale libero predicato dalla giurisprudenza maggioritaria, emergono profili di particolare interesse e allo stesso tempo sorgono spontanei alcuni interrogativi.

Le Sezioni Unite scandiscono i caratteri che individuano ontologicamente il giudizio di appello: natura di revisio prioris instantiae ed effetto devolutivo non automatico relativo sia all'onere di formulazione specifica dei motivi di appello che alla necessità di riproposizione ex art. 346 c.p.c., al fine di una corretta individuazione dell'ambito della devoluzione al giudice di appello con riguardo alle parti della sentenza impugnate e alle domande ed eccezioni assorbite su cui dovrà pronunciare ^[18].

Le Sezioni Unite impostano il tema di indagine sulla dicotomia eccezione/difesa e sui relativi riflessi che tali attività comportano al giudizio: la prima apporta nuovo materiale all'oggetto di cognizione del giudice (anche se non amplia il thema decidendum), la seconda, invece, limita i propri effetti all'interno del perimetro fattuale già delineato dall'attore (o dal convenuto che, formulando domanda riconven-

zionale, faccia valere determinati fatti costitutivi). In questi termini, allora, l'effetto "innovativo" dell'eccezione è estraneo alla funzione della riproposizione, la quale attiene "pur sempre alla trattazione di circostanze già rientranti nel thema probandum e nel thema decidendum del giudizio di primo grado" ed in tal senso si avvicina alla struttura della difesa, avendo ad oggetto la richiesta, condizionata all'accoglimento dell'appello avversario, di "decisione su diritti od eccezioni già a suo tempo ritualmente introdotti in giudizio" (senza alcun apporto di stampo "innovativo" all'oggetto della cognizione del giudice d'appello). Secondo questa visuale esegetica, allora, il principio affermato conferisce al giudizio di appello una logica di funzionamento fedele al suo carattere effettivamente sostitutivo rispetto al giudizio di primo grado sfociato nella decisione impugnata ^[19], nella misura in cui consente di cogliere e conservare una continuità di fondo delle attività difensive svolte dalle parti nel corso dell'intero processo. Così opinando, le Sezioni Unite rifiutano di assoggettare l'attività della parte appellata, priva di contenuto impugnatorio, di mera "perorazione della propria difesa" alle preclusioni dettate in primo grado per le attività "innovative" rispetto all'oggetto della cognizione (eccezioni) o della decisione (domande riconvenzionali) del giudice ed in tal senso acquisisce maggior senso la convinzione nel ribadire la natura dell'appello quale revisio prioris instantiae, allontanandola dalla precedente concezione di novum iudicium ^[20].

Una volta tracciato questo itinerario teorico, affiancato dal corollario per cui la valutazione di compatibilità richiesta dall'art. 359 c.p.c. per mutuare i canoni procedurali fissati per il primo grado deve essere risolta in modo negativo, ci si aspetterebbe che la soluzione fosse quella di adottare la disciplina prevista per l'attività di mera difesa, ossia la libera proposizione. Invece, le Sezioni Unite, richiamando ragioni che definirei, in fin dei conti, di buon senso, mascherate dalle più eloquenti espressioni di "legittimo affidamento" e "autoresponsabilità", affermano una regola a metà tra le due op-

^[17] Del resto, come è ovvio, se l'appello viene rigettato alle porte della sua trattazione, mai si concretizzerà l'interesse dell'appellato alla riproposizione di domande o eccezioni assorbite in primo grado.

^[18] Con la dovuta precisazione che "oggetto della cognizione decisoria del giudice di secondo grado è direttamente la controversia già decisa dal giudice di primo grado (...) l'ampiezza della cognizione del giudice di appello, però, dipende dalla capillarità delle doglianze mosse avverso la sentenza di prime cure. L'effetto devolutivo non è, in altri termini, automatico, ma discende dai motivi di appello fatti valere", Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Torino, 2014, 462-463.

^[19] Ad eccezione delle ipotesi di appello rescindente di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c. e delle ipotesi di dichiarazione di inammissibilità a seguito del filtro di cui agli artt. 348- bis e 348- ter c.p.c. nonché dell'ipotesi (patologica) di estinzione del medesimo giudizio di appello (art. 338 c.p.c.).

^[20] Del resto la formulazione dell'art. 346 c.p.c. "denota come, già nel sistema originario del codice del 1940 (...) uno dei tradizionali caratteri dell'appello, ossia il suo effetto devolutivo, non tanto potesse operare solo all'interno del capo di sentenza impugnato o di quelli rispetto ad esso dipendenti, ma pur in questo ambito sia stato disciplinato in modo significativamente diverso e più stretto (...) quale effetto devolutivo non automatico in quanto subordinato ad una iniziativa selettiva e chiarificatrice di parte", Consolo, di diritto processuale civile, II, Torino, 2014, 486.

poste e lontane soluzioni prospettate: non la libertà di proposizione, ma neppure la stretta decadenza.

Se non v'è modo di rintracciare il termine per la riproposizione nelle norme stabilite per l'appello, né di mutuarle (ai sensi degli artt. 347 e 359 c.p.c.) dalle regole stabilite per il primo grado, ecco che il termine viene fornito dall'applicazione del principio della ragionevole durata del processo, e sostanzialmente ricavato dalla previa definizione della sede in cui effettuare la riproposizione (atto di costituzione o prima udienza, a seconda dei casi [21]), con evidente propensione del giudice della nomofiliachia a spingersi sempre più

oltre il confine dell'ermeneutica e verso i lidi della creazione giurisprudenziale della *regula iuris*.

In ultima analisi, la soluzione fornita non pare in sé irragionevole, anzi, merita di essere apprezzata sotto i profili della parità di trattamento delle parti e del principio della ragionevole durata del processo (con particolare riguardo ai giudizi di appello che patiscono tempi di definizione biblici); essa, però, rende manifesta l'ormai incontrollata tendenza del giudice di legittimità che, sotto l'egida del giusto processo, non indugia a sostituirsi al legislatore nella proclamazione della regola (e non solo della sua interpretazione).

[21] Se l'interesse di un appellato a riproporre domande od eccezioni sorge "in reazione" alla riproposizione svolta da altro appellato o da un appello incidentale proposto da altro appellato con comparsa di costituzione depositata tempestivamente ma dopo il deposito della comparsa da parte del primo, la riproposizione sarà allora consentita alla prima udienza ex art. 350 c.p.c. Laddove, invece, uno degli appellati proponesse appello incidentale in prima udienza ai sensi dell'art. 343, cpv., c.p.c. (in quanto il suo interesse all'impugnazione è sorto, a sua volta, da altra impugnazione incidentale svolta con comparsa di risposta ex art. 343, comma 1, c.p.c.) e da tale (secondo) appello incidentale sorgesse l'interesse di altra parte appellata alla riproposizione di domande o eccezioni, si dovrebbe ritenere preclusa, in capo a tale parte, secondo la soluzione fornita dalle Sezioni Unite, la possibilità di formulare siffatta riproposizione, non potendo procedervi in udienza di p.c.. Si ricreerebbe allora quel *vulnus* che ha condotto alla remissione e alla pronuncia de quo (v. per ipotesi esemplificative di tali casi, Godio, La riproposizione ex art. 346 c.p.c., cit., sub nota 23, 240). Per evitare l'aporia, si dovrebbe pertanto consentire in tali ipotesi di formulare la riproposizione anche dopo la prima udienza (vale a dire, secondo la struttura del giudizio di appello, in udienza di p.c.).

SOVRAINDEBITAMENTO: LE DIFFICOLTÀ DEL PROFESSIONISTA

Libero professionista, incertezza dei redditi futuri e crisi da sovraindebitamento

di Emanuele Caimi

del 31 maggio 2019

Sommario

1. Sulla vicenda
2. La posizione assunta dal Tribunale di Varese
3. Sulla liquidazione del patrimonio: cenni
4. Osservazioni

1. Sulla vicenda

Un architetto presentava ricorso ex art. 14 - ter e ss. Legge 3/2012 illustrando le ragioni della situazione di crisi, in parte dovuta alla peculiare condizione del settore immobiliare ed in parte a ragioni di carattere familiare.

L'indebitamento era costituito principalmente da tributi e contributi per circa 50 mila euro, uno scoperto di conto corrente per circa 15 mila euro, un residuo di un prestito per circa 5 mila euro ed euro 2.000,00 di arretrati per il mantenimento della prole.

Il ricorrente non era proprietario di immobili. Al ricorso è stato allegato un elenco dettagliato dei beni mobili con evidenziazione di quelli non pignorabili - tra cui quelli necessari all'esercizio della professione - e la loro stima per euro 1.000,00.

L'unico suo bene mobile registrato - autovettura usata e sottoposta a fermo amministrativo - aveva un valore di circa euro 5.000,00 come da valutazione Eurotax; nel ricorso, tuttavia, si chiedeva di escludere la vettura dalla liquidazione in quanto essenziale per l'esercizio dell'attività professionale^[1].

Il fabbisogno minimo del ricorrente era indicato in euro 1.300,00 mensili, comprensivo del dovuto a titolo di mantenimento della prole per euro 250,00 al mese.

Il Tribunale di Varese chiedeva al ricorrente un'integrazione documentale e chiarimenti in ordine alla soddisfazione dei creditori, evidenziando l'irrelevanza dell'attivo e la centralità dei soli redditi futuri.

Il dato tendenzialmente obiettivo cui ancorare una valutazione in punto di soddisfazione dei creditori, veniva indicato nei redditi medi conseguiti dagli esercenti la professione di architetto nella Regione Lombardia.

In particolare, il ricorrente metteva a disposizione della procedura tutti i redditi futuri ricavabili dalla propria attività professionale ad eccezione del minimo individuato ai sensi dell'art. 14 ter, comma 6, lettera b) Legge 3/2012 come indispensabile per il proprio sostentamento.

2. La posizione assunta dal Tribunale di Varese

Il Tribunale di Varese concludeva per il "rigetto" del ricorso presentato dal debitore evidenziando che "non vi è alcuna ragionevole probabilità che l'architetto...possa conseguire nel prossimo futuro (ovvero nel quadriennio 2019/2023) redditi di importo superiore a euro 1.300,00 mensili da destinare al soddisfacimento parziale dei suoi creditori (a prescindere da quanto accertato in altre procedure da altri Tribunali), deve escludersi pertanto che possa essere aperta la procedura di liquidazione ... avente a oggetto (solo ed esclusiva-

[1] Nel senso che non possa essere esclusa l'autovettura dalla liquidazione si veda Tribunale di Firenze 23 gennaio 2018 che ha escluso dal novero dei beni esclusi dall'art. 14 ter comma 6 legge 3/12: "è corretto, altresì, che il liquidatore abbia inserito nel programma anche la vendita dell'autoveicolo della signora atteso che le disposizioni normative stabiliscono che la liquidazione ha riguardo a tutti i beni immobili e mobili del debitore fatta eccezione per i beni e crediti di cui all'art. 14 ter comma 5 tra cui non può essere fatta rientrare l'autovettura", in *ilcaso.it* sez. giurisprudenza, 21262 pubblicata il 22 febbraio 2019.

mente) “presunti” redditi futuri mensili di importo superiore ad euro 1.300,00 del tutto eventuali / ipotetici (giacché, allo stato, tutt'altro che verosimili) e che, per l'effetto, allo stato, l'istante possa giovare del beneficio di cui all'art. 14 quinquies, comma 2 lett. b), L. 3/2012”.

Il ragionamento probabilistico - presuntivo, per quanto sintetico, del Tribunale di Varese induce ad escludere che il debitore possa realizzare nel quadriennio della procedura un quid, per la soddisfazione dei creditori, pluris rispetto al minimo esistenziale e si riduce nell'apprezzare l'andamento decrescente dei redditi dell'istante negli anni precedenti alla proposizione della domanda piuttosto che la sua capacità di ripartire (fresh start).

Pare pertanto assumere rilievo il solo dato immanente e statico della consistenza attuale, *rectius*, dell'inconsistenza del patrimonio del debitore alla data della richiesta, esclusa ogni considerazione in merito all'andamento futuro della procedura che, per espressa previsione normativa, si proietta in un arco temporale di almeno un quadriennio.

3. Sulla liquidazione del patrimonio: cenni

L'istituto della liquidazione del patrimonio, introdotto con il cosiddetto decreto sviluppo bis, è modellato sullo schema fallimentare ed il fallimento ben può essere dichiarato anche in assenza di beni[2].

Al pari del fallimento la liquidazione interessa tutto il patrimonio - anche futuro - del richiedente ed esplica i propri ef-

fetti nei confronti di tutti i creditori anteriori alla sua proposizione[3].

Il presupposto oggettivo comune alle altre procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, così come definito nell'art. 6 comma 2 lettera a) Legge 3/2012, consiste nella “situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente”.

Per come formulata, la norma considera sia una situazione di difficoltà temporanea (assimilabile allo stato di crisi del concordato[4]) sia una situazione di “definitiva” incapacità di adempiere “regolarmente” alle obbligazioni assunte (assimilabile all'insolvenza[5]); in particolare, ponendo l'accento sul rapporto tra “obbligazioni assunte” e “patrimonio prontamente liquidabile”, pare sottendere ad indici di “liquidità” immediata[6], inducendo così attenta dottrina ad affermare che “il sovraindebitamento è, quindi, un concetto relazionale, non rappresentabile con valori assoluti e determinati” poiché richiede una valutazione non compiuta in modo astratto ma che tenga conto sia della situazione patrimoniale del debitore che del suo “progetto” economico[7].

Quanto all'elemento soggettivo, il proponente non deve essere assoggettabile al fallimento né deve aver fatto ricorso nei cinque anni precedenti[8] a procedure di composizione della crisi di sovraindebitamento[9].

[2] In questi termini Tribunale di Verona 21 dicembre 2018 “l'istituto della liquidazione è strutturato secondo lo schema del fallimento, posto che la dichiarazione di fallimento non è preclusa dall'assenza di beni in capo al fallito per analogia si deve ritenere che la liquidazione del patrimonio non possa ritenersi preclusa in capo al sovraindebitato privo di beni mobili o immobili” in *ilcaso.it* sez. giurisprudenza, 21128 pubblicato 25 gennaio 2019, in questi termini anche Tribunale di Rovigo 31 dicembre 2018: “giova, infatti, evidenziare che l'istituto della liquidazione è stato - per così dire - mutuato dalla procedura fallimentare, potendosi facilmente confrontare la simmetria terminologica e funzionale”. Si veda anche Nisivocchia. È ammissibile la procedura di liquidazione anche quando il debitore è privo di beni, in *il fallimentarista*, 28 marzo 2019.

[3] Non potendo il creditore iniziare o proseguire azioni individuali né costituire cause legittime di prelazione.

[4] Paciello, Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovra indebitamento, in *Riv. Dir. Comm.* 2012, I, p. 90.

[5] Con ciò assimilandola all'insolvenza di cui all'art. 5 della legge fallimentare, sul punto si veda Fabiani, La gestione del sovra indebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011) il *www.ilcaso.it* documento n. 278/2012.

[6] Nel senso che il rapporto da valutarsi al fine di accertare la sussistenza non sia da svolgersi avendo riguardo all'intero patrimonio del debitore in relazione alle obbligazioni assunte (e scadute) bensì soltanto con il patrimonio prontamente liquidabile. L'avverbo prontamente pare restringere l'ambito alle sole utilità liquidabili nel breve termine.

[7] Leozappa, Il sovra indebitamento del debitore fallibile, delle società professionali e degli enti pubblici, 2015, pp. 574 e ss. per il quale “la valutazione non va svolta in astratto, ma avendo riguardo alla attuale e specifica situazione patrimoniale del debitore, senza tuttavia prescindere dal progetto economico o dallo stile di consumo del debitore”.

[8] “La presentazione da parte del debitore di precedenti domande dichiarate inammissibili dal tribunale, non costituisce un impedimento alla conseguente ammissione alla procedura di liquidazione”, così Tribunale di Prato 28 settembre 2016 in *il fallimentarista.it* 21 ottobre 2016.

[9] Si ritiene che possano accedere alla procedura di composizione della crisi: professionisti, le loro associazioni, fondazioni, la società semplice, gli enti non commerciali come le fondazioni, l'imprenditore agricolo (per espressa previsione normativa), le start up innovative limitatamente ai primi quattro anni dalla costituzione della società, i soci illimitatamente responsabili di società fallibili, si veda De Matteis - Graziano, Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, pp. 65 - 67.

Il procedimento, introdotto con ricorso ed indirizzato al Tribunale del luogo di residenza o di sede principale del debitore^[10], deve essere corredato della documentazione analiticamente prevista dal terzo comma dell'art. 14 - ter Legge 3/2012, di guisa che sia possibile ricostruire “compiutamente” la situazione economico-patrimoniale del debitore, pena la declaratoria di inammissibilità. La domanda di apertura della procedura di liquidazione, una volta presentata, non rimane più nella disponibilità del proponente ed è irrinunciabile^[11].

La fase d'apertura si conclude o con il decreto d'inammissibilità ovvero con il decreto di apertura della procedura art. 14 - quinquies che assume gli effetti propri del pignoramento; da quel momento il debitore non potrà più disporre liberamente dei propri beni^[12].

Il decreto di ammissione ex art. 14 - quinquies, comma 2 contiene la nomina del liquidatore (a) che si curerà della sua trascrizione nei pubblici registri quando il patrimonio comprenda beni immobili o mobili registrati (d), l'individuazione delle modalità di pubblicità del ricorso e del decreto eventualmente anche nel registro delle imprese (c), l'inibitoria delle azioni esecutive individuali^[13] (b), l'ordine di rilascio dei beni facenti parte del patrimonio da liquidarsi salvo, in presenza di particolari ragioni, l'autorizzazione al debitore ad usarne (e), con riferimento ai crediti - ai sensi dell'art. 14 ter comma 6 - la misura limite di quanto necessario al sostentamento del debitore e della sua famiglia (f).

La seconda fase è quella relativa all'accertamento del “passivo”, disciplinato dagli articoli 14 - sexies, septies ed octies L. 3/2012^[14], che vede il ruolo centrale del liquidatore; questi è chiamato a formare l'inventario dei beni liquidabili, a notificare i creditori, a ricevere le domande di partecipazione e a

formare lo stato del passivo e ad approvarlo con l'intervento del giudice nel caso in cui insorgano contestazioni “non superabili” (art. 14 - octies, comma 4 L. 3/2012).

Conclusa la formazione dell'inventario nel termine ordinario di 30 giorni, il liquidatore procede alla redazione di un programma di liquidazione (art. 14 - novies, comma 1 L. 3/2012). Il programma deve essere depositato nella cancelleria del giudice ma non è soggetto ad alcuna approvazione e contiene l'indicazione delle attività da svolgersi per il realizzo dei beni e per l'incasso dei crediti anche futuri del debitore proponente lungo l'arco di quattro anni^[15] dal deposito della domanda.

Al liquidatore compete “l'amministrazione dei beni che compongono il patrimonio di liquidazione” (Art. 14 - novies comma 2 L. 3/2012) beni tra cui rientrano quelli “sovravvenuti” (art. 14 - undecies L. 3/2012). Questa figura presenta alcuni punti di contatto con quella del curatore fallimentare^[16].

Terminato il realizzo dell'attivo disponibile, il liquidatore redigerà il conto della propria gestione, composto da una parte prettamente contabile e da una relazione esplicativa dell'attività svolta. Il liquidatore, dopo aver chiesto la liquidazione del proprio compenso, provvederà alla predisposizione del piano di riparto ed alla distribuzione del realizzato tra i partecipanti. Su sua formale istanza di chiusura il giudice, ai sensi dell'art. 14 - novies ultimo comma L. 3/2012 si pronuncerà solo una volta accertata la completa esecuzione del programma di liquidazione, sempre che sia trascorso il termine “di quattro anni dal deposito della domanda”.

Nella procedura di liquidazione, al pari del fallimento, l'esdebitazione è una fase meramente eventuale, dal momento che non consegue automaticamente alla chiusura del-

^[10] In conformità dell'art. 14 - ter, comma 2 L. 3/2012. Foro ritenuto inderogabile, si veda sul punto De Matteis - Graziano, p. 67 con riferimenti in nota 11.

^[11] Così Tribunale di Venezia, Sez. Fallimentare, 11 ottobre 2016, in fallimentarista.it 19 aprile 2017, con nota di Valentini, La domanda di liquidazione dei beni è irrinunciabile. In particolare: il Tribunale di Venezia evidenziava che “delle procedure disciplinate dalla L. n. 3/2012 sono l'accordo del debitore ed il piano del consumatore a presentare affinità con il concordato, mentre la liquidazione dei beni è più vicina alla procedura fallimentare”. Conforme anche Tribunale di Treviso, Sez. II, 22 giugno 2017, Redazione Giuffrè, 2017.

^[12] Si veda Tribunale di Treviso Sez. II. Civ., 22 giugno 2017 cit.: “la natura e la struttura del procedimento di liquidazione dei beni ex art. 14 ter L. 3/2012, una volta intervenuto il decreto di apertura - come nel caso di specie - non consente al debitore di disporre liberamente tant'è che la legge non prevede la possibilità di rinunciare o di revocare il decreto ex art. 15 quinquies”.

^[13] Nella norma vigente si fa riferimento all'omologazione da intendersi, in realtà, quale chiusura della procedura. Si veda Tribunale di Livorno 5 gennaio 2017 in ilprocessocivile.it 21 marzo 2017.

^[14] Si veda Tribunale di Verona 21 agosto 2018 in Redazione Giuffrè, 2018, che ha affermato l'applicazione, in via residuale, dei principi generali che disciplinano le procedure concorsuali: “le procedure previste dalla legge 3/12 devono essere considerate come delle procedure concorsuali, in quanto tali soggette alla disciplina contenuta nella legge stessa e, per quanto non previsto, ai principi generali che regolano le procedure concorsuali”.

^[15] La durata “minima” della procedura di liquidazione fissata in quattro anni è stata oggetto di critiche in dottrina poiché ritenuta non conforme al parametro della ragionevole durata delle procedure di composizione della crisi prevista nell'art. 14 - novies L. 3/2012. Si veda De Matteis - Graziano, op. cit., p. 85

^[16] Così Carrieri, Adempimenti e atti del liquidatore, in De Matteis - Graziano, op. cit., p. 96.

la procedura e deve essere provocata da un ricorso del debitore entro un anno dalla chiusura stessa. L'art. 14 - terdecies della L. 3/2012 richiede peraltro un comportamento "virtuoso" del debitore, da valutarsi sia durante lo svolgimento della procedura (anche con riferimento ad una soddisfazione, per lo meno parziale, dei creditori anteriori alla domanda) che anteriormente alla proposizione della domanda medesima, dal momento che si dovrà valutare sia (i) l'assenza di un ricorso "colposo" al credito che (ii) l'assenza di atti in senso lato in frode e pregiudizievoli per i creditori[17].

4. Osservazioni

La conclusione a cui è giunto il Tribunale di Varese[18] non convince pienamente, risolvendosi nell'esclusione all'accesso alla procedura di liquidazione del patrimonio di tutti coloro i quali, alla data di proposizione della domanda, non dispongano di beni o di redditi ragionevolmente certi (come quelli dei lavoratori subordinati e parasubordinati) e ciò in difetto di una specifica previsione normativa; comunque in contrasto con la ratio dell'introduzione dell'istituto, che con il "fallimento civile" persegue, al pari del fallimento, la massima soddisfazione dei creditori nel rispetto della par condicio creditorum[19].

Ciò che rileva, in sede di ammissione, è l'evenienza che il debitore "possa comunque contare su un reddito da potersi usare come fonte di soddisfacimento parziale dei creditori"[20].

D'altro canto la lettera dell'art. 14 - undecies Legge 3/2012[21], sia pure con i limiti della sua formulazione[22], contempla espressamente l'apprensione all'attivo per la soddisfazione dei creditori anche di beni e redditi futuri del debitore proponente[23].

La lettera dell'art. 14 - quinquies comma 1 L. 3/2012 pare circoscrivere poi la valutazione che il Tribunale debba compiere in sede di ammissione all'accertamento dei requisiti di cui all'art. 14 - ter Legge 3/2012[24] ed all'assenza di atti in frode compiuti nel quinquennio precedente alla proposizione, esclusa, nel silenzio della norma, ogni considerazione in ordine alla "probabilità" di realizzo di redditi futuri[25].

E la valutazione di tipo meritorio argomentabile ex art. 14 - terdecies Legge 3/2012 rileva non già in punto di ammissibilità della domanda bensì in punto di meritevolezza dell'esdebitazione[26] che, in presenza degli altri requisiti, ben potrà essere accordata anche nell'ipotesi in cui il debitore "abbia

[17] Tribunale di Monza, Sez. Fall., 4 maggio 2016 interpreta in modo estensivo la nozione di atto di frode ritenendo rilevante "anche solo la presenza di un'iniziativa in tal senso", in Riv. Dottori Commercialisti, 2016, 3, 447.

[18] Negli stessi termini si veda anche Tribunale di Mantova 18 giugno 2018: "non si giustifica il ricorso alla procedura di liquidazione del patrimonio di cui all'art. 14 - ter della legge n. 3/2012 quando il ricorso non offra la possibilità di liquidare bene alcuno ma si fondi esclusivamente su somme provenienti da retribuzioni", anche in questo caso si trattava di redditi futuri da attività libero professionale, in ilcaso.it sez. giurisprudenza, 2018, 10 luglio 2018.

[19] Di Marzio, Sovraindebitamento: il procedimento di liquidazione del patrimonio, al quale può seguire la concessione dell'esdebitazione, altra importante novità del decreto sviluppo - bis, in Il fallimentarista, Giuffrè, 2013.

[20] Tribunale di Milano 15 novembre 2017, in ilcaso.it sez. giurisprudenza, 19.426, pubblicato il 30 marzo 2018.

[21] Rubricata "beni e crediti sopravvenuti", recita: "i beni sopravvenuti nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione di cui all'art. 14 - ter costituiscono oggetto della stessa, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi".

[22] De Marzio, L'estensione e la tutela del patrimonio oggetto di liquidazione nella novella legislativa, in La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento, Terranova, Macario, 2013, p. 81

[23] Compresa anche la quota riscattabile del trattamento di fine rapporto maturata, in questi termini Tribunale di Milano, Sez. II, 22 aprile 2017, in Redazione Giuffrè, 2017. Ben potrà mettersi a disposizione dei creditori anche la quota riscattabile del trattamento di fine rapporto che maturerà nel corso del quadriennio trattandosi di credito futuro.

[24] Deve ritenersi ostativa all'ammissibilità della domanda soltanto le procedure effettivamente aperte e non già la mera proposizione d'istanze dichiarate inammissibili o improcedibili, in questi termini: Tribunale di Prato 28 settembre 2016, in ilcaso.it, sez. giurisprudenza, 15979, pubblicata il 20 ottobre 2016.

[25] Diversamente Tribunale di Alessandria, 15 ottobre 2016 "anche per il procedimento di liquidazione il controllo giurisdizionale, oltre che sui profili di ammissibilità coinvolge anche quello della "meritevolezza", infatti la relazione dell'organismo di composizione della crisi, da allegarsi alla domanda, deve anche contenere le indicazioni necessarie in ordine alle cause dell'indebitamento, alla diligenza del debitore nell'assunzione delle obbligazioni, alle ragioni del sovra indebitamento ed all'attendibilità della documentazione allegata all'atto introduttivo della procedura, in assenza di tali requisiti la domanda è da considerarsi inammissibile", in Redazione Giuffrè, 2016.

[26] In questi termini Tribunale di Rovigo, 31 gennaio 2018: "la valutazione meritorio (contenuta nell'art. 14 terdecies), non è stata presa in considerazione quale condizione di ammissibilità - data esclusivamente dall'idoneità della documentazione prodotta alla ricostruzione compiuta della situazione economica patrimoniale del debitore (art. 14 ter comma 5)- ma recuperata quale presupposto per la concessione della esdebitazione". Per l'estensore di questo decreto è la lettura sistematica della legge 3/2012 ad ammettere una liquidazione in assenza d'attivo attuale: "ritiene il giudice adito che la ricostruzione sistematica della l. n. 3/2012 deponga, inverò, nel senso contrario" fondando il proprio ragionamento sull'assimilazione al fallimento della liquidazione, alla mera eventualità della previsione di

cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego" (art. 14 - terdecies, comma 1 lettera e) Legge 3/2012). Con ciò attribuendo rilievo non già alla certezza del "reddito" futuro generabile ma alla ricerca di una occupazione da cui trarre un reddito con il quale soddisfare, almeno in parte, i propri creditori.

Il richiamo operato dal provvedimento in esame^[27] in ordine all'esclusione degli effetti di cui alla lettera b) del comma 2 articolo 14 - quinquies Legge 3/2012 non convince, sia perché nel caso di specie il proponente aveva una vettura utilmente aggredibile, sia perché l'ipotetica non operatività in concreto di un "beneficio" normativamente previsto non giustifica l'esclusione dalla procedura, soprattutto se si tratta di una conseguenza automatica del decreto di ammissione; la lettera b) del comma 2 dell'art. 14 quinquies, infatti, non contempla margini di discrezionalità per il giudice che una volta ammesso il debitore alla procedura, "dispone" l'inibitoria delle azioni esecutive individuali.

Del resto, ben potrebbe verificarsi l'ipotesi che il proponente non abbia in corso alcuna azione esecutiva, cionondimeno l'inibitoria opererà non solo nel senso che non si potranno coltivare espropriazioni individuali già iniziate, ma anche nel proibirne di nuove.

Per quanto anche una sola presunzione semplice possa giustificare il convincimento e fondare la decisione^[28] e per quanto "gli elementi assunti a fonte di prova non debbono essere necessariamente più d'uno", è necessario che l'unico elemento posto a fondamento del ragionamento sia "grave e preciso"^[29]: nel caso di specie, quest'ultimo è rappresentato dalla sola contrazione del reddito professionale del

professionista nel periodo antecedente la proposizione della domanda.

Ciò non è logicamente in grado di escludere in modo rigoroso e certo la probabilità che il debitore possa migliorare la propria posizione reddituale per il soddisfacimento (quand'anche parziale) dei creditori. D'altro canto non è seriamente dubitabile l'impatto positivo complessivo derivante dall'ammissione alla procedura da sovraindebitamento sul debitore che, posto al riparo da azioni esecutive, riacquista una maggiore serenità con indubbi riflessi sulla propria capacità reddituale.

Si pensi del resto all'ipotesi in cui taluno, pur titolare di un reddito da lavoro dipendente, perda l'occupazione e non riesca a reperirne una nuova: pur non essendo in grado di soddisfare i propri creditori non incorrerà in alcuna ipotesi di revoca dall'ammissione^[30] né di per sé ciò determinerà l'esclusione dal beneficio dell'esdebitazione, figura meramente eventuale nella procedura di liquidazione del patrimonio. "Il porre al centro del fenomeno del sovraindebitamento la persona significa annetterle una prevalenza normativa rispetto ad altri termini di riferimento della disciplina"^[31] e tale centralità non può che costituire un favor a cui riconoscere, in situazioni di incertezza, prevalenza.

Concludendo, solo modificando la prospettiva e quindi ponendo al centro la persona e la sua dinamicità anche reddituale e futura, rispetto al patrimonio esistente al momento della presentazione della domanda, si può attuare l'intento ultimo perseguito dal legislatore con l'istituto della liquidazione e più in generale con gli istituti finalizzati al superamento della crisi da sovraindebitamento.

cui alla lettera d) dell'art. 14 quinquies, alla persistenza dell'utilità della nomina del liquidatore per l'espletamento delle attività a lui demandate soprattutto in tema di stato del passivo.

[27] Così il Tribunale di Varese: "e, che, per l'effetto, allo stato, l'istante possa giovare del beneficio di cui all'art. 14 quinquies, comma 2 lett. b) L. 3/2012".

[28] Cass. III Sez. Civ. 26 febbraio 2019 n. 5484 Giust. Civ. Mass. 2019, così anche Cass. Sez. Lav. 6 luglio 2002, n. 9834, in Giust. Civ. Mass. 2002.

[29] Cass. I Sez. Civ., 26 settembre 2018 n. 23.153, in Mass. Giust. Civ. 2018.

[30] Tribunale di Treviso, Sez. II, 22 giugno 2017 cit..

[31] De Gregorio, Spunti introduttivi sulla buona fede nel piano del consumatore in Banca - Borsa, II, 2019, 2 pp. 232 e ss..

Le Pagine de L' AULA CIVILE

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

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Angelo Lupoi

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

GLI AUTORI DI QUESTO NUMERO

Marco Farina

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

Cinzia Gamba

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

Giulia Baruffaldi

Avvocato in Lecco.

Adriano Sponzilli

Avvocato in Bologna, patrocinante in cassazione, cultore della materia in diritto industriale presso l'Università degli studi di Bologna, LL.M.

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

Mattia Polizzi

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

Stefano Barbiani

È 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.

Jacopo Polinari

Dottore di ricerca in diritto dell'arbitrato interno e internazionale nell'università LUISS di Roma. Svolge la professione di avvocato in Roma, occupandosi principalmente di consulenza e contenzioso, anche arbitrale, in materia di diritto amministrativo e contrattualistica pubblica e privata.

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.

Martina Mazzei

Laureata in giurisprudenza con 110 e lode presso l'Università degli studi di Roma Tre con una tesi in Diritto Processuale civile dal titolo "Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale" risultata vincitrice di un premio di laurea e attualmente pubblicata con la casa editrice Maggioli editore. Ha svolto la pratica forense a Roma e il tirocinio ex art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma. Collabora con diverse riviste giuridiche occupandosi prevalentemente di Diritto civile e Diritto processuale civile.

Carlo Edoardo Cazzato

Avvocato, è coordinatore della practice di Antitrust & Regulatory dello studio legale Lipani Catricalà & Partners e si occupa in prevalenza di public e private enforcement.

Caterina Pasini

Ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto processuale civile presso l'università di Bologna con una tesi in materia di insolvenza transfrontaliera. È docente a contratto in Diritto processuale civile e

diritto processuale dell'impresa presso la Scuola di Giurisprudenza della Facoltà di Bologna. Ha svolto periodi di ricerca in Francia (Université Sorbonne) e negli Stati Uniti (Berkeley UC). Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile e di famiglia"

Gianni Ghinelli

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

Lucilla Galanti

avvocato dal 2105, dottore di ricerca in *Istituzioni e mercati, diritti e tutele*, Università di Bologna, dal 2017, è attualmente assegnista di ricerca presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Alessia D'Addazio

Si laurea, *cum laude*, in giurisprudenza presso l'Università La Sapienza di Roma nel novembre 2016. Da ottobre 2017 Alessia svolge il Dottorato di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso la stessa Università La Sapienza di Roma. È autrice di articoli e contributi pubblicati in varie riviste scientifiche in materia di diritto processuale civile. Alessia collabora con uno Studio legale romano nei settori del contenzioso in materia civile e commerciale e della crisi di impresa.

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.

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.