

ISSN 2612-8047

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

5 2020

maggio

IN QUESTO NUMERO:

LA MEDIAZIONE NELL'EMERGENZA COVID

POTERI ISTRUTTORI DEL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO

EVOLUZIONE ART. 570 C.P.C.

NULLITA' DELL'ATTO DI PRECETTO

LA NUOVA CLASS ACTION

ORDINANZA EX ART. 186 BIS C.P.C.


MAGGIOLI
EDITORE

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

5 2020

maggio

IN QUESTO NUMERO:

LA MEDIAZIONE NELL'EMERGENZA COVID

POTERI ISTRUTTORI DEL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO

EVOLUZIONE ART. 570 C.P.C.

NULLITA' DELL'ATTO DI PRECETTO

LA NUOVA CLASS ACTION

ORDINANZA EX ART. 186 BIS C.P.C.

**MAGGIOLI
EDITORE**

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Ansanelli Vincenzo

Antonelli Alessio
Barbani Stefano
Bernabei Guglielmo
Bonafine Alessio
Bonetti Dario
Briganti Elena
Caimi Emanuele
Cazzato Edoardo Carlo
Cianciosi Beatrice
D'Adamo Daniela
D'Addazio Alessia
Desiato Olga
Durello Laura
Galanti Lucilla
Ghinelli Gianni
Giardini Elisa
Guarnieri Maria Laura
Hepaj Ermelinda
Laboragine Oriana
Lombardini Ilaria
Manselli Maria Rosaria
Martire Francesco
Mazzei Martina
Mazzone Giorgio
Minardi Mirco
Molinaro Gabriele
Nascosi Alessandro
Orlando Sofia
Pailli Giacomo
Pasini Caterina

Petronzi Alessandro
Polinari Jacopo
Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tizi Francesca
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

ISSN 2612-8047

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

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

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

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

Sommario

NULLITÀ DELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

- 5** Alcuni principi e ipotesi in tema di nullità della consulenza tecnica d'ufficio
di Vincenzo Ansanelli

POTERI ISTRUTTORI DEL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO

- 16** I limiti dei poteri istruttori del Consulente Tecnico d'Ufficio
di Alessio Antonelli

NULLITÀ DELL'ATTO DI PRECETTO

- 22** La nullità dell'atto di precetto per mancanza dell'indicazione della data di notificazione del titolo esecutivo
di Elisa Giardini

AUTORITÀ GIUDIZIARIA E ARBITRATO IRRITUALE

- 28** Sui rapporti tra autorità giudiziaria ed arbitrato irrituale: cenni di legge applicabile in materia di connessione di cause
di Giovanni Viglino

INGIUNZIONE ART. 177 DISP. ATT. C.P.C.: ANTIECONOMICITÀ

- 35** Antieconomicità dell'esecuzione ed ingiunzione ex art. 177 disp. att. c.p.c. (Nota a Tribunale di Varese, II Sezione civile, 20 febbraio 2020)
di Emanuele Caimi

ORDINANZA EX ART. 186 BIS C.P.C.: ALCUNE RIFLESSIONI

- 39** Spunti di riflessione sull'ordinanza anticipatoria di condanna al pagamento delle somme non contestate ex art. 186 bis c.p.c.
di Beatrice Irene Tonelli

OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE E CADUCAZIONE DEL TITOLO ESECUTIVO

- 44** Le conseguenze della caducazione del titolo esecutivo (giudiziale) nel giudizio di opposizione all'esecuzione (Note a prima lettura dell'ordinanza interlocutoria Cass., III Sez. civ., 6 marzo 2020, n. 6422)
di Alessia D'Addazio

CONCORDATO PREVENTIVO E PROCEDIMENTO PREFALLIMENTARE

- 51** Concordato preventivo e procedimento prefallimentare pendenti dinanzi a giudici diversi: la Cassazione conferma l'applicabilità dell'art. 39, comma 2, c.p.c. (Nota a Cass. Civ., Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 4343)
di Alessio Bonafine

LA MEDIAZIONE NELL'EMERGENZA COVID

- 60** La mediazione al tempo dell'emergenza
di Francesca Cuomo Ulloa

EVOLUZIONE ART. 570 C.P.C.

- 71** L'evoluzione(?) dell'art. 560 c.p.c.
di Carlo Vellani

LA NUOVA CLASS ACTION

- 79** Nuova class action: verso una (auspicata)
maggiore effettività del private enforcement
antitrust e non solo
di Jacopo Nisticò

**SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI:
NOVITÀ**

- 85** Il Regolamento (UE) n. 2019/1111: le novità in
materia di sottrazione internazionale di minori
di Michele Angelo Lupoi

**LE RIFORME NELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE**

- 96** Le grandi riforme in corso nell'ordinamento
giudiziario francese
di Caterina Silvestri

NULLITÀ DELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

Alcuni principi e ipotesi in tema di nullità della consulenza tecnica d'ufficio

di Vincenzo Ansanelli

DEL 4 MAGGIO 2020

Sommario

1. Regime della nullità in materia di CTU
2. Nomina del consulente
3. Giuramento e accettazione dell'incarico
4. Inizio e prosecuzione delle operazioni peritali
5. Attività del consulente tecnico di parte
6. Attività del consulente tecnico d'ufficio e relevatio ab oneri probandi
7. Deposito della relazione peritale

1. Regime della nullità in materia di CTU

Con riferimento al regime delle nullità della CTU occorre in primo luogo fare riferimento alle regole generali in tema di nullità^[1]. Proprio in ragione dell'applicazione dei principi contenuti nell'art. 156, 2°-3° co., c.p.c., in giurisprudenza si ritiene che la nullità della consulenza tecnica non possa essere dichiarata qualora l'atto abbia comunque raggiunto il suo

scopo. Pertanto, quale esempio paradigmatico di applicazione di tale principio alla consulenza tecnica d'ufficio, reiterate e risalenti pronunce hanno da tempo fissato la regola secondo la quale l'omessa comunicazione della data di inizio delle attività peritali non si tradurrà in causa di nullità dell'intera consulenza, ove si dimostri che la parte non abbia subito un effettivo pregiudizio al proprio diritto di difesa^[2], aven-

[1] Per alcuni riferimenti di base in tema di consulenza tecnica d'ufficio, acquisizione di documenti e poteri del CTU sia consentito il rinvio ad Ansanelli, *La consulenza tecnica d'ufficio* (spec. commento sub art. 194 - 195), in Taruffo (a cura di), *Istruzione probatoria*, Commentario del codice di procedura civile diretto da S. Chiarloni, Bologna 2014, p. 9 ss.; Andrioli, *La scientificità della prova con particolare riferimento alla perizia e al libero convincimento del giudice*, in *Dir. e Giur.* 1971, pp. 798 ss.; Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile - Problemi e funzionalità*, Milano 2011; Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002; Balasso, Berton, Zen, *La perizia e la consulenza d'ufficio e di parte*, Sant'Arcangelo di Romagna 2012; Barone, *Consulente tecnico: 1) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. III, Roma 1988, §§ 1-10; Bove, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2011, pp. 1431 ss.; Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, pp. 430 ss.; Dondi, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile - Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi di diritto processuale - In onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, I, pp. 843 ss.; Dones, *Struttura e funzione della consulenza tecnica*, Milano 1962; Franchi, *La perizia civile*, Padova 1959; Giudiceandrea, voce *Consulente tecnico*, in *Enc. dir.*, Vol. IX, Milano 1961, pp. 531 ss.; Membriani, *Appunti in tema di consulenza tecnica nel processo civile. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio*, in *Riv. dottori comm.* 2013, pp. 559 ss.; Nicotina, *Note minime in tema di consulenza tecnica*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova 1982, pp. 1059 ss.; Protetti, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *Giur. merito* 2010, pp. 24-44; Redenti, *Del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice*, Torino 1973; Rossetti, *Il C.T.U. ("l'occhiale del giudice")*, Milano 2005; Simonetti, *La consulenza tecnica d'ufficio e di parte*, Roma 2011; Taruffo, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, II, pp. 1375 ss.; Id., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, pp. 221 ss.; Vianello, *Consulenza tecnica d'ufficio*, Milano 2015; M. Vellani, voce *Consulente tecnico (diritto processuale civile)*, in *Noviss. digesto italiano*, IV, Torino, 1959, 341; Bellumat, *Il rapporto fra consulenza tecnica e attività di giudizio nella motivazione della sentenza*, in *Riv. it. dir. lav.* 2007, p. 980; De Tilla, *Il consulente tecnico nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.* 1993, pp. 61 ss.; Salomone, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, op. cit., pp. 1017 ss.

[2] Cfr. Cass. Civ., 8 giugno 2007, n. 13428

do ad esempio avuto *aliunde* notizia dell'inizio delle attività o comunque avendovi partecipato[3].

Altro insegnamento giurisprudenziale talmente consolidato da essere ritenuto per lungo tempo alla stregua di *ius receptum*, è quello secondo il quale ogni nullità concernente l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio si configura come nullità relativa[4]. Con la conseguenza che, *ex art. 157 c.p.c.*, ne resta precluso il rilievo e l'invalidità rimane sanata se la relativa eccezione non viene sollevata nella prima istanza[5] o difesa successiva al verificarsi della nullità[6].

Tale principio è stato tuttavia oggetto di profondo ripensamento e parziale superamento in una recente pronuncia della Suprema Corte[7].

Ed in effetti, nel suo *iter* argomentativo la Suprema Corte rileva innanzitutto come il principio della generalizzata relatività delle nullità della consulenza tecnica d'ufficio (con conseguente loro automatica sanatoria in caso di mancata tempestiva eccezione nel primo momento o atto utile successivo al loro verificarsi) sia stato enunciato avendo riguardo a un'unica e specifica ipotesi: ossia quella cagionata, appunto, dall'omissione dell'avviso a una delle parti della data di inizio delle operazioni peritali. Principio che, applicato con riguardo esclusivo a tale ipotesi, risultava invero del tutto coerente con i principi generali in tema di nullità, posto che l'omissione in discorso, riflettendosi sul diritto di difesa, avrebbe potuto e dovuto esser fatta valere esclusivamente dalla parte lesa e secondo le modalità e le tempistiche proprie delle nullità relative. Tuttavia, con la sentenza in questione la Cassazione correttamente rileva come nel successivo *stream* giurisprudenziale tale principio sia stato pressoché automaticamente esteso - ossia senza particolari verifiche o soverchie incertezze - anche ad altre ipotesi di nullità della consulenza. Così, ad esempio, per le ipotesi di svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* o,

più frequentemente, di acquisizione da parte dell'esperto, di documenti non ritualmente prodotti dalle parti e comunque non ancora acquisiti al giudizio[8].

Tale impostazione cagionò il prodursi di massime talmente tralatizie e stereotipate che non se ne indagò la coerenza con il nuovo sistema preclusivo introdotto con la *L. n. 353 del 1990*. In tale sistema, come noto, la violazione dei termini preclusivi è considerata - in quanto integrante una condotta contrastante con un interesse generale e pubblicistico al corretto ed efficiente svolgimento del processo - causa di nullità assoluta sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata ad eccepirla la violazione[9]. Sulla scorta di tale argomentazione, la Cassazione giunge dunque a ritenere che le violazioni al principio dispositivo derivante dall'accertamento a opera del consulente tecnico di fatti non allegati dalle parti o dall'acquisizione di documenti o informazioni in precedenza non acquisite al processo su iniziativa delle parti stesse o a opera del giudice, integrando la violazione di norme dettate a tutela di interessi generali (quali quelle contenute negli artt. 112, 115 e 183 c.p.c.) comporti il verificarsi di nullità assolute sempre rilevabili d'ufficio.

Pertanto, in tali ipotesi - così come nei casi in cui la nullità sia stata tempestivamente eccepita essa si traduce in un vizio della relazione peritale; vizio che, a sua volta, inficia la validità della sentenza tutte le volte in cui il giudice abbia posto a fondamento della propria decisione le risultanze della stessa[10].

A tale riguardo va tuttavia osservato il permanere, nella giurisprudenza di riferimento, di un atteggiamento volto a privilegiare la salvaguardia dei risultati peritali comunque acquisiti. In questa prospettiva si ritiene, infatti, che la nullità della relazione peritale per omessa comunicazione di inizio delle attività non si estenda alla sentenza nella quale risulti che i

[3] Tale principio risulta ampiamente consolidato in giurisprudenza; v., *ex plurimis*, Cass. Civ., 7 aprile 2006, n. 8227

[4] Cfr. Cass. Civ., 23 marzo 1991, n. 3155

[5] Compresa quella diretta ad ottenere il provvedimento di rinvio dell'udienza istruttoria successiva al deposito; cfr. Cass. Civ., 9 febbraio 1995, n. 1457; secondo Cass. Civ., 9 giugno 1992, n. 7088 «*l'a nullità della consulenza tecnica di ufficio per non essere stata data alle parti ed ai loro difensori la comunicazione della data di inizio delle operazioni peritali, avendo carattere relativo, resta sanata se non opposta nella prima udienza successiva al deposito, per tale intendendosi anche l'udienza di mero rinvio*»

[6] V. Cass. Civ., 11 giugno 2014, n. 13230. E, nel senso che può realizzarsi acquiescenza anche in forza di dichiarazioni o comportamenti anteriori al deposito della consulenza, purché inequivocabilmente riferibili al procuratore e diretti a manifestare una rinuncia a far valere la nullità, Cass. Civ., 18 aprile 1997, n. 3340. L'eccezione di nullità va sollevata dalla parte interessata nella prima udienza successiva al deposito della relazione, sia stata quest'ultima depositata in termini ovvero tardivamente (Cass. Civ., 25 ottobre 2006, n. 22843)

[7] Cass. Civ. Sez. III, n. 31886 del 6 dicembre 2019

[8] Così Cass. Civ., Sez. II, 11 settembre 1965, n. 1985

[9] Nell'ambito di un consolidato orientamento giurisprudenziale v., da ultimo de *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. III (ord.), 26 giugno 2018, n. 16800

[10] Cass. Civ., 8 agosto 1989, n. 3647

dati o gli elementi acquisiti dal consulente tecnico siano stati comunque accertati dal giudice in base ad ulteriori elementi probatori; ovvero, ancora, ove risulti che le operazioni alle quali la parte non ha partecipato per omessa comunicazione non abbiano avuto rilievo alcuno sulla formazione delle conclusioni del consulente^[11].

Va infine segnalato che dalla nullità della relazione discende, ove questa sia da addebitarsi all'operato del consulente, che l'eventuale pagamento del compenso, già avvenuto, sia da considerarsi *sine causa*; e, pertanto, costituisca indebito oggettivo che il consulente è tenuto a restituire unitamente agli interessi legali maturati dalla data della *solutio*^[12].

2. Nomina del consulente

Con riferimento al profilo della scelta del consulente tecnico si tratta innanzitutto di verificare se le parti possano vantare *de iure condito* un vero e proprio diritto alla nomina di un soggetto che sia, come prevedono gli articoli 61 e 191 c.p.c., dotato di *speciale competenza tecnica* in relazione alla materia oggetto della controversia. Ovvero, sotto altro profilo se la mancanza di detto requisito in capo al soggetto prescelto possa tramutarsi in una causa di nullità della consulenza tecnica^[13].

In assonanza con quanto accade in ordine alla fase di ammissione, anche per quanto concerne il profilo della selezione soggettiva dell'esperto il legislatore del '42 attribuisce al giudice un potere ampiamente discrezionale. A questi è infatti assegnato, in via esclusiva, il compito di individuare il soggetto al quale affidare l'incarico di consulente tecnico. Un potere che nella prassi giudiziaria appare privo di vincoli e sostanzialmente incensurabile^[14].

Dal combinato disposto degli articoli 61 c. 2° c.p.c. e 22 c. 2°, disp. att. c.p.c., si desume che la scelta del giudice possa ricadere, senza alcun rischio su professionisti non iscritti nell'apposito albo^[15].

La stessa disposizione di attuazione da ultimo richiamata

prevede, tuttavia, che in caso di scelta del consulente operata al di fuori degli albi, il giudice debba procedere all'espletamento di due incombenzi: "sentire" il Presidente del Tribunale e indicare nel provvedimento di nomina i "motivi della scelta" avvenuta al di fuori degli albi. Il mancato svolgimento di queste due attività non inficia tuttavia la validità e la regolarità delle successive attività di consulenza. Ed infatti, la giurisprudenza di legittimità è assolutamente monolitica nel ritenere che le norme relative alla scelta del consulente tecnico non abbiano carattere cogente e vincolante per il giudice: non essendo presidiate da sanzioni, esse sono ritenute del tutto inidonee a frapponere limiti imperativi o condizioni di legittimità al potere del giudice di scegliere il consulente tecnico. Un potere in sé discrezionale e - come tale - pacificamente ritenuto incensurabile in Cassazione^[16].

Proprio in una recente sentenza, la Suprema Corte ha ribadito il potere del giudice di nominare come consulente tecnico "qualsiasi persona", sia essa iscritta o non iscritta nell'albo dei consulenti, ovvero iscritta nell'una piuttosto che nell'altra categoria di riferimento. Essendo, in definitiva, la scelta del giudice un'apodittica garanzia di possesso da parte del consulente tecnico delle competenze specialistiche necessarie per risolvere correttamente le questioni tecniche coinvolte nella specifica controversia^[17].

Tale granitica interpretazione finisce per influenzare anche l'assetto degli indirizzi giurisprudenziali concernenti il diverso profilo del possesso da parte del consulente tecnico delle competenze e specializzazioni necessarie per il corretto svolgimento dell'incarico. A prescindere dalle modalità seguite per la sua scelta, la giurisprudenza è infatti unanime nel ritenere incensurabile nel merito la scelta del giudice sotto tale profilo; e ciò sino a legittimare l'operato del consulente che abbia svolto un incarico concernente l'espletamento di attività che gli sarebbero per converso precluse dalle norme che regolano l'esercizio della relativa attività professionale^[18].

[11] Cass. Civ., 5 aprile 2001, n. 5093

[12] Cass. Civ., 21 ottobre 1992, n. 11474

[13] Mocchi, *La scelta del consulente tecnico d'ufficio nella prospettiva del giusto processo*, in *Il giusto processo civile*, 2, 2012, p. 593

[14] Zaccaria, *La professionalità del consulente: una scelta del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, p. 699

[15] In giurisprudenza è costante il rilievo per cui le norme di cui agli artt. 61 c.p.c. e 13 - 22, 2° co., disp. att. c.p.c. relative alla scelta del consulente tecnico hanno natura e finalità di mere direttive; con la conseguenza che la scelta dell'ausiliario è sempre rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice e tale scelta non è sindacabile in sede di legittimità (Cass. Civ., 12 marzo 2010, n. 6050; Cass. Civ., 12 aprile 2001, n. 5473)

[16] Cass. Civ., 5 febbraio 2020 n. 2671; Cass. Civ., 30 marzo 2010, n. 7622

[17] Cfr. Cass. Civ., 5 febbraio 2020, n. 2671

[18] Cfr. Cass. Civ., 24 gennaio 1986, n. 481 che, sulla scorta del principio giurisprudenziale della natura non cogente delle norme che disciplinano la nomina dell'esperto, ritiene che «la scelta del consulente, anche con riferimento alla categoria professionale di appartenenza ed alla sua competenza qualificata, è riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice del merito e l'inosservanza di dette norme non produce alcuna nullità, non avendo esse carattere conseguente»;

3. Giuramento e accettazione dell'incarico

All'udienza fissata per l'assunzione dell'incarico il consulente tecnico viene avvertito dal giudice dell'importanza delle funzioni che è chiamato ad adempiere. Si tratta di un giuramento promissorio che, evidenziando i doveri di diligenza e veridicità ai quali è tenuto il consulente, mira ad assicurare l'obiettività del suo operato, specie sotto il profilo dell'estraneità dell'esperto rispetto agli interessi delle parti in causa[19].

Quanto al momento in cui deve essere prestato il giuramento, la giurisprudenza di riferimento ammette che lo stesso possa essere validamente prestato in un momento successivo al conferimento dell'incarico e finanche al momento del deposito della relazione scritta[20]. Inoltre, diversamente dalla dottrina[21], la giurisprudenza di legittimità ritiene che, in virtù del principio di tassatività (art. 156, 1° co., c.p.c.) e della più generale esigenza di conservazione delle risultanze peritali comunque acquisite al processo, la mancata prestazione

del giuramento non comporti alcuna nullità od inutilizzabilità della consulenza[22]. Analogamente, non viene considerata causa di nullità, bensì mera irregolarità, la mancata apposizione della sottoscrizione del consulente in calce al verbale dell'udienza nella quale ha prestato giuramento[23].

4. Inizio e prosecuzione delle operazioni peritali

Con evidenti finalità garantistiche il legislatore detta un'articolata disciplina per le ipotesi - costituenti nella prassi la regola - in cui il consulente tecnico compia le attività necessarie all'espletamento dell'incarico senza la presenza del giudice[24]. Più in dettaglio, ai sensi dell'art. 90, c. 1° disp. att. c.p.c., il consulente tecnico deve dare comunicazione alle parti del giorno, dell'ora e del luogo di inizio delle operazioni peritali; e, a mente dello speculare disposto dell'art. 91, c. 2° disp. att. c.p.c., analogo avviso deve essere dato dal cancelliere ai consulenti tecnici di parte[25].

Come in più riprese chiarito dalla giurisprudenza di legitti-

in senso parzialmente difforme si segnala Cass. Civ., 12 novembre 2007, n. 23504, secondo la quale «la nullità della consulenza tecnica d'ufficio derivante dall'inosservanza della norma della legge professionale che vieta al geometra o al perito di occuparsi di determinate costruzioni è di carattere relativo, non essendo la nullità espressamente prevista dalla legge; essa è pertanto sanata se non tempestivamente eccepita». In dottrina v. Ansanelli, *Recenti riforme in tema di consulenza tecnica d'ufficio. Le modifiche degli articoli 191, 195 c.p.c. e 23 disp. att. c.p.c.*, op. cit., p. 684.

[19] Vellani, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, III, Torino 1988, p. 531. La formulazione dell'art. 193 c.p.c. è rimasta immutata, a differenza di quanto previsto per il giuramento del testimone, la cui formula è stata invece modificata adeguandola a quella utilizzata per l'assunzione della testimonianza nel processo penale. V. Fabiani, *Commento sub art. 193 c.p.c.*, in Consolo (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, 5° ed., Milano 2016, p. 2387. In via incidentale pare interessante segnalare come, in tema di invalidità pensionale, l'obbligo del consulente tecnico d'ufficio di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli implichi anche quello di «visitare fuori dal proprio studio l'assicurato soltanto qualora questo compri, anche mediante l'invio di certificazione medica, l'assoluta impossibilità di recarsi presso l'ausiliare per sottoporsi a visita e tale impedimento non sia superabile con un rinvio delle indagini entro ragionevoli limiti temporali» (Cass. Civ., 30 marzo 2004, n. 6338).

[20] Cfr., per tutte, Cass. Civ., Sez. Un., 29 novembre 1974, n. 3907, la cui massima per la sua pregnanza si riporta: «Il conferimento dell'incarico al consulente tecnico disposto non all'udienza all'uopo fissata ma in altra successiva, e non comunicata alle parti e l'omesso avviso a queste ultime della data di inizio delle operazioni peritali importano la nullità relativa della consulenza tecnica, da eccepirsi nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione. La relativa eccezione deve essere, inoltre, riprodotta nelle conclusioni definitive, intendendosi altrimenti rinunziata». In dottrina v. E. Protetti - M.T. Protetti, *La consulenza tecnica nel processo civile*, 2° ed., Milano 1994, p. 39. *Contra* Giudiceandrea, voce *Consulente tecnico (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano 1961, 535, il quale ritiene che il giuramento debba avvenire prima dell'inizio delle attività, con la conseguenza che un giuramento prestato in un momento successivo non servirebbe a render valida l'attività in precedenza svolta.

[21] Nel senso che la mancata prestazione del giuramento da parte del consulente infirma di nullità la relazione peritale v. Verde - Vaccarella, *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1996, pagg. 146; Carpi - Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2009, pagg. 460.

[22] Cfr., da ultimo, Cass. Civ., 6 luglio 2011, n. 14906 che fissa il principio di diritto secondo il quale «la mancata prestazione del giuramento da parte del consulente tecnico costituisce una mera irregolarità formale, inidonea a determinare l'invalidità del verbale e del relativo conferimento dell'incarico, ostando a tale conclusione il principio di tassatività delle nullità».

[23] In questi termini, Cass. Civ., 23 novembre 1996, n. 10386 secondo la quale «la mancata apposizione, da parte del consulente tecnico d'ufficio, della propria firma nel verbale dell'udienza nella quale lo stesso abbia prestato giuramento costituisce una mera irregolarità, non suscettibile di incidere sulla validità dell'attività processuale cui il detto verbale si riferisce né su quella degli atti successivi». In dottrina, in precedenza v. De Tilla, *Il consulente tecnico nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.* 1993, II, p. 6.

[24] Cataldi, *Rapporti tra giudice e consulente tecnico nel processo civile: esecuzione dell'incarico*, in *Giur. Mer.* 2007, 12, p. 3087; Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico d'ufficio*, op. cit., p. 302.

[25] In dottrina v. Montanari, *Tutela del contraddittorio in sede di consulenza tecnica e comunicazione d'inizio attività del perito*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, pagg. 679. Per un esempio di applicazione giurisprudenziale di tale norma in tema di procedimento arbitrale v. Cass. Civ., 28 febbraio 2014, n. 4808.

mità, con il termine *parti* devono intendersi i difensori costituiti ai sensi dell'art. 82, c. 2° c.p.c. e non le parti personalmente: si ritiene, infatti, che la comunicazione resa alla sola parte personalmente dia luogo alla nullità dell'intera consulenza (e, quindi, anche della relazione peritale). Ciò in quanto è in relazione al difensore costituito che deve essere valutata l'effettiva possibilità, nonostante l'omissione dei prescritti avvisi, di assistere alle indagini; mentre alle comunicazioni o notificazioni dovute al medesimo non può essere equiparata la conoscenza che la parte personalmente abbia dell'atto o dell'operazione di cui avrebbe dovuto essere informato il difensore, atteso che proprio il difetto delle necessarie cognizioni tecniche può impedire alla parte di valutare il significato o la rilevanza processuale dell'atto o dell'operazione, ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, e la stessa necessità di renderne edotto il proprio difensore[26]. La comunicazione di inizio delle operazioni peritali non deve invece essere inoltrata al contumace, atteso che essa non rientra fra gli atti che l'art. 292 c.p.c., con elencazione tassativa, prevede debbano essergli notificati[27].

Sotto altro profilo la giurisprudenza esclude che l'obbligo di comunicazione imposto dall'art. 90 c. 1° disp. att. c.p.c. si estenda alle ipotesi in cui il prosieguo delle operazioni peritali sia di volta in volta fissato nel verbale delle stesse operazioni[28]. A tale riguardo si ritiene, infatti, che sia onere delle parti informarsi sulla prosecuzione delle attività peritali[29]. Pertanto, soltanto laddove il consulente rinvi le operazioni "a data da destinarsi" la giurisprudenza configura l'obbligo di una nuova comunicazione che preceda la ripresa delle attività, pena la nullità della consulenza[30]. Per con-

verso, il consulente non è tenuto a dare alle parti alcun avviso del compimento di attività che non costituiscano vere e proprie indagini tecniche quali, ad esempio: attività meramente acquisitive di elementi emergenti da pubblici registri, accessibili a chiunque[31]; attività di semplice valutazione di dati in precedenza accertati nel contraddittorio delle parti[32]; attività volte a fornire al giudice i chiarimenti da questi richiesti, a fronte dei rilievi critici formulati dal consulente di parte, ove tale attività non implichi l'acquisizione di ulteriori e nuovi dati[33].

Va infine segnalata la presenza di indirizzi giurisprudenziali improntati da un maggiore rigore garantista. Nel contesto di un simile approccio si ritiene che l'omissione degli avvisi di cui agli artt. 90 e 91 disp. att. c.p.c., nella misura in cui impedisca alle parti o ad alcuna di esse di esercitare il diritto di difesa nel corso delle operazioni peritali, in forza del generale principio di cui all'art. 156, 2° co., c.p.c. si traduce in una causa di nullità, con conseguente inutilizzabilità della relazione[34].

5. Attività del consulente tecnico di parte

L'art. 87 c.p.c. espressamente riconosce alle parti la facoltà di farsi assistere da propri consulenti nei casi e con i modi stabiliti dalla legge. La stessa disposizione è poi ripresa dall'art. 201 c.p.c., in forza del quale il giudice, nell'ordinanza di nomina del CTU, deve assegnare alle parti un termine[35] entro cui, per mezzo di una dichiarazione ricevuta dal cancelliere e contenente l'indicazione del domicilio o del recapito della persona prescelta (arg. ex art. 91, c. 1°, disp. att. c.p.c.), ciascuna di esse ha la facoltà[36] di nominare un

[26] Cass. Civ., 26 settembre 2012, n. 16413

[27] Cass. Civ., 27 novembre 2003, n. 18154

[28] V., ex plurimis, Cass. Civ., 18 marzo 2014

[29] V., ex plurimis, Cass. Civ., 11 giugno 2014, n. 13230

[30] Cass. Civ., 3 gennaio 2003, n. 15

[31] Cass. Civ., 11 dicembre 1992, n. 13109

[32] Cass. Civ., 17 marzo 2005, n. 5762

[33] Cass. Civ., 17 settembre 1991, n. 9672

[34] Cass., 15 gennaio 1994, n. 343 secondo la quale «una consulenza tecnica di ufficio nulla per violazione del principio del contraddittorio non è utilizzabile né nel giudizio nel quale è stata esperita né in un giudizio diverso (avente ad oggetto un analogo accertamento), restando priva di qualsiasi effetto probatorio, anche solo indiziario»

[35] Il termine assegnato alle parti dal giudice per la nomina di un CTP ha natura ordinatoria. Tuttavia, la sua scadenza infruttuosa, senza che la parte abbia proposto una tempestiva istanza di proroga (ex art. 154 c.p.c.), «ha gli stessi effetti preclusivi della scadenza del termine perentorio», impedendo la concessione di un nuovo termine per lo svolgimento della medesima attività; cfr. Cass. Civ., 4 dicembre 2014, n. 25662; Cass. Civ., 17 novembre 2010, n. 23227

[36] La nomina del CTP costituisce una mera facoltà. Conseguentemente, la sua mancata nomina o la mancata partecipazione alle indagini peritali (come l'omessa presentazione delle sue osservazioni all'elaborato peritale) non precludono allo stesso difensore il potere di contestare motivatamente e direttamente le conclusioni peritali anche sul versante prettamente tecnico-scientifico; così Cass. Civ., 23 febbraio 1994, n. 1811. Nel procedimento volto all'accertamento dello stato di adattabilità di un minore sono affette da nullità le operazioni peritali svoltesi anteriormente alla nomina del difensore dei genitori; in questi termini cfr. Cass.

proprio consulente tecnico di parte^[37]. L'omessa indicazione nell'ordinanza del predetto termine non determina nullità dell'ordinanza né della stessa consulenza^[38], essendo in tale circostanza applicabile l'art. 289 c.p.c. che consente l'integrazione dell'ordinanza istruttoria allorché non sia fissato il «*termine entro il quale le parti debbono compiere gli atti processuali*».

La comunicazione dell'avvio delle operazioni peritali, come anticipato, è ovviamente diretta a consentire alle parti, in persona e a mezzo dei propri consulenti tecnici e difensori, di presenziare all'espletamento delle indagini, nonché di rivolgere allo stesso ausiliario del giudice, in forma orale o per iscritto, osservazioni ed istanze (ex art. 194, 2° co., c.p.c.), che a cura di quest'ultimo saranno trasmesse in copia a controparte (art. 90 c. 2 c.p.c.) e poi inserite nella relazione (art. 195 c. 2° cpc).

Allorché una delle parti presenti al CTU taluno degli scritti defensionali concessi dalla legge, una copia degli stessi deve essere comunicata alle parti avversarie (ex art. 90, c. 3° c.p.c.). Tale onere non incombe sull'ausiliario del giudice, ma sulla parte stessa^[39], sicché, in linea di principio, la relazione peritale non può essere considerata nulla per il solo fatto che il CTU abbia omesso di inoltrare ad una delle parti gli atti ricevuti dall'altra. Tuttavia, qualora l'obbligo di comunicazione alla parte avversaria delle osservazioni inviate al consulente non sia stato adempiuto, e conseguentemente sia stata a quest'ultima preclusa la possibile replica, il CTU non dovrà tenere conto delle suddette osservazioni^[40]. In ipotesi di questo genere, nonostante la giurisprudenza sia unanime nel sostenere che l'omessa trascrizione delle osservazioni avanzate dalle parti non dia luogo ad alcuna nullità, è pur sempre necessario che dal contesto della relazione risulti che il CTU abbia preso in considerazione le istanze delle parti, ovvero, altrettanto chiaramente, possa desumersi l'infondatezza di queste ultime.

Diversamente, se nonostante l'irritualità della produzione il CTU tiene conto e la relazione viene condivisa dal giudice, la mera irregolarità della relazione si converte in nullità della sentenza^[41].

6. Attività del consulente tecnico d'ufficio e rilevatio ab oneri probandi

Ai sensi dell'art. 194 c.p.c., nell'adempimento dell'incarico ricevuto il CTU: a) compie «*le indagini che gli sono commesse dal giudice*»; b) fornisce, in udienza o in camera di consiglio, i chiarimenti che il giudice gli richiede; c) assiste alle udienze alle quali è invitato dal giudice istruttore; d) compie, anche al di fuori della circoscrizione giudiziaria, le indagini che gli sono affidate, «*da sé solo o insieme col giudice*» a secondo delle istruzioni che questi abbia impartito al momento del conferimento dell'incarico; d) può essere autorizzato dal giudice a *domandare chiarimenti* alle parti, *assumere informazioni* da terzi, *eseguire piante, calchi o rilievi*; e) nelle cause di competenza del collegio, il consulente può essere invitato dal presidente «*ad assistere alla discussione davanti al collegio*» e «*ad esprimere il suo parere in camera di consiglio in presenza delle parti*»^[42].

Secondo il dettato normativo nell'espletamento dell'incarico il consulente tecnico dovrebbe innanzitutto limitarsi al compimento di quelle attività che gli sono «*commesse*», ossia espressamente affidate mediante la formulazione del quesito giudiziale. L'utilizzazione del termine «*indagini*» non deve far pensare all'attribuzione al consulente tecnico di una generica funzione inquirente. quanto l'attività del consulente risulta comunque circoscritta dal giudice per il tramite della formulazione dei *quesiti* nonché, più in generale, dall'oggetto della controversia.

A fronte di questo assetto disciplinare, gli orientamenti giurisprudenziali formati riguardo allo spettro, all'ampiezza e alla concreta configurazione dei poteri-doveri del consulente tecnico nello svolgimento delle indagini, risultano alquanto articolati. Con riferimento alla delimitazione dell'ambito delle indagini assegnate al consulente per il tramite della formulazione dei quesiti, l'orientamento giurisprudenziale assolutamente predominante ritiene che il consulente possa acquisire «*anche di sua iniziativa ogni elemento necessario all'espletamento del mandato, anche desumendolo da elementi non prodotti in causa dalle parti*»^[43]. Ciò alla mini-

Civ., 25 agosto 2009, n. 20625

[37] Nel senso che non è causa di nullità delle operazioni peritali la presenza di un consulente tecnico di parte irritalmente nominato cfr., ad esempio, Cass., 7 luglio 2001, n. 9231; in dottrina v. Rossetti, *Il c.t.u. ("l'occhio del giudice")*, Milano 2006, p. 139.

[38] V. Cass. Civ., 4 dicembre 2014, n. 25662; Cass. Civ., 17 novembre 2010, n. 23227

[39] Cass. Civ., 16 dicembre 1971, n. 3691; Bronzini, *L'attività del consulente tecnico d'ufficio*, in *Nuovo dir.* 1988, p. 848

[40] V. nuovamente Cass. Civ., 16 dicembre 1971, n. 3691 e App. Roma, 29 gennaio 1991, in *Giust. Civ.*, 1991, I, pagg. 728

[41] Cfr. Cass. Civ., 21 novembre 2001, n. 14735

[42] V. Ansanelli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in Taruffo (a cura di), *Istruzione probatoria*, cit., p. 72

[43] Cfr. Cass. 6 novembre 2001, n. 13686, secondo cui il consulente può attingere *aliunde* notizie e dati, non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e

male condizione che il materiale probatorio autonomamente introdotto nel processo dall'esperto rientri “*nell'ambito strettamente tecnico della consulenza*”, e con il solo limite che l'autonoma attività acquisitiva del consulente non abbia ad oggetto “*fatti e situazioni che, in quanto posti direttamente a fondamento delle domande e delle eccezioni delle parti, debbono essere provati soltanto da queste*”[44]. In tale ultima ipotesi, la giurisprudenza prevalente tende infatti a considerare la consulenza tecnica d'ufficio integralmente nulla per palese violazione del principio del contraddittorio. Per converso, nel rispetto di questi limiti e condizioni, si ritiene che sia consentito al giudice utilizzare per la risoluzione della controversia tutti gli elementi probatori acquisiti autonomamente dal consulente tecnico che “*non esulino sostanzialmente dall'oggetto dell'indagine per la quale è stata disposta la consulenza*”[45]. Quest'ultima formula, tuttavia, appare pericolosamente generica e, conseguentemente, sembra rendere eccessivamente incerta l'individuazione dei confini oltre i quali al consulente non è consentito procedere, in assenza di un'espressa autorizzazione del giudice, all'acquisizione di materiale probatorio che non sia già acquisito al processo ad iniziativa delle parti o *ex officio* dal giudice. Ed è proprio allo scopo di ricondurre l'attività del CTU nel pieno rispetto del principio dispositivo e del principio del contraddittorio, che si sono formati indirizzi giurisprudenziali in forza dei quali si ritiene che il potere del CTU di assumere informazioni da terzi ed accertare ogni circostanza necessaria per rispondere ai quesiti del giudice, è tuttavia circoscritto ai soli elementi accessori, rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, non già quei “*fatti o situazioni che, essendo posti a fondamento delle domande o delle eccezioni delle parti, debbono essere da queste provati*”[46]. Coerentemente, è affetta da nullità la consulenza tecnica la quale, in palese violazione dei precetti desumibili dall'art. 194 c.p.c.,

sia diretta ad accertare fatti, principali od accessori, che non siano stati provati dalle parti, gravate ex art. 2697 c.c., del relativo onere[47]; e, allorquando la *ratio decidendi* adottata per la risoluzione della controversia sia stata desunta dai suddetti accertamenti, il vizio si trasmette alla sentenza di merito pregiudicandone la stabilità[48].

Con più specifico riferimento alle singole facoltà concesse al CTU, l'art. 194 c.p.c. prevede che qualora questi, per l'assolvimento dell'incarico, avverta la necessità di «*domandare chiarimenti alle parti, assumere informazioni da terzi o eseguire piante, calchi e rilievi*», debba a tal fine richiedere l'espressa autorizzazione del giudice. Sulla scorta di tale impianto disciplinare, la giurisprudenza ha ad esempio ritenuto che le informazioni acquisite dai terzi in assenza di una espressa autorizzazione del giudice debbano considerarsi inutilizzabili, tanto da provocare, se utilizzate, la nullità della relazione peritale[49]. Con riferimento, invece, alle dichiarazioni rese dalle parti si registra l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale. Secondo un indirizzo più risalente, le dichiarazioni rese dalle parti in sede di consulenza tecnica andrebbero equiparate, per quanto concerne la loro efficacia probatoria, alle dichiarazioni rese dalle stesse in sede di interrogatorio libero; e, quindi, pur se consistenti nell'ammissione di circostanze favorevoli alla controparte, le stesse andrebbero considerate alla stregua di meri argomenti di prova[50]. Per converso, nelle più recenti evoluzioni giurisprudenziali le dichiarazioni di fatti *contra se* resi dalla parte al consulente tecnico si ritengono valutabili alla stregua di confessioni stragiudiziali. Talché, ai sensi dell'art. 2733 c.c., queste dichiarazioni costituirebbero mezzi di prova liberamente valutabili dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento[51].

Altrettanto dibattuto appare il tema della possibile acquisizione, ad opera del consulente tecnico, di documentazione

situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli.

[44] Cfr. Cass. Civ., 10 maggio 2001, n. 6502

[45] Cass. Civ., 17 febbraio 2004, n. 3105

[46] Cass. Civ., 10 marzo 2015, n. 4729, secondo cui *il consulente tecnico d'ufficio può assumere anche in assenza di espressa autorizzazione del giudice, informazioni da terzi e verificare fatti accessori necessari per rispondere ai quesiti, ma non anche accertare i fatti posti a fondamento di domande ed eccezioni, il cui onere probatorio incombe sulle parti, sicché gli accertamenti compiuti dal consulente oltre i predetti limiti sono nulli per violazione del principio del contraddittorio, e, perciò, privi di qualsiasi valore, probatorio o indiziario*.

[47] Cfr. *ex plurimis*, Cass. Civ., 5 ottobre 2006, n. 21412; Izzo, *Commento sub art. 195 c.p.c.*, in Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, 3 ed., Torino 2016, 571.

[48] Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., 12 giugno 2014, n. 13418. Si ritiene invece che il vizio della c.t.u. non si trasmetta alla sentenza di merito laddove il giudice non abbia valutato ai fini della decisione gli elementi irrivalentemente assunti; cfr. Cass., 22 luglio 1993, n. 8206

[49] Cass. Civ., 26 ottobre 1995, n. 11133

[50] Cass. Civ., 8 maggio 1979 n. 2615

[51] Cass. Civ., 11 dicembre 2003 n. 18987

che non sia stata già in precedenza prodotta dalle parti. A tale riguardo la dottrina è unanime nel ritenere che le valutazioni del consulente debbano fondarsi sullo stesso materiale istruttorio a disposizione dell'organo giudicante e, quindi, soltanto su documenti ritualmente prodotti dalle parti o acquisiti ex art. 210 e 213 c.p.c.[52]. In giurisprudenza gli orientamenti più risalenti escludono radicalmente la possibilità di acquisire documentazione ulteriore a quella già presente nel fascicolo d'ufficio[53]. Più di recente si ammette invece la possibilità per l'esperto di acquisire nuova documentazione[54], se del caso previo consenso delle parti[55]. Precisando, infine, che esulano dal tema le informazioni contenute in pubblici registri, sempre autonomamente acquisibili[56].

Vanno a riguardo segnalate due recenti pronunce mediante le quali - con diverse sfumature e una diversa portata delle conseguenti precipitazioni pratiche - la Corte di Cassazione reinterpretava il contenuto e la finalità della disposizione contenuta nell'art. 194 c.p.c.; e ciò al fine di individuare i limiti delle attività consentite al consulente tecnico dalla disposizione in commento e, in particolare, la possibilità per lo stesso, al fine di rispondere ai quesiti formulati dal giudice, di acquisire ed esaminare documenti non previamente acquisiti al giudizio per iniziativa delle parti o per ordine del giudice.

Nella prima di queste, la Suprema Corte affronta due distinte questioni di diritto, ossia:

- a) quali siano i poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio, e quali i loro limiti;
- b) se, ed in quali casi, a quei limiti possa derogarsi per volontà della legge, per ordine del giudice o per consenso delle parti.

1 - a... Limiti dei poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio

Con riferimento al primo dei citati profili, nella sentenza in esame aderendo ad un precedente orientamento il Supremo Collegio ritiene che l'attività del consulente tecnico non possa supplire all'onere probatorio gravante sulle parti. Di conseguenza, l'esperto potrà valutare scientificamente o tecnicamente i fatti già provati, oppure acquisire gli elementi necessari ad accertare la veridicità dei fatti documentati dalle par-

ti, ma non potrà introdurre nel processo fatti nuovi, o ricercare di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni dedotte dalle parti[57].

Pertanto, secondo tale orientamento anche qualora ci si trovi di fronte ad una consulenza cosiddetta "percipiente", il consulente tecnico d'ufficio potrà compiere indagini esplorative ed accertare di sua iniziativa fatti materiali esclusivamente in due ipotesi: 1) quando si tratti di "*fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza*", con esclusione quindi dei fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni[58]; 2) qualora l'attività di indagine officiosa del c.t.u. "*sia necessaria per riscontrare la veridicità dei fatti allegati dalle parti e l'attendibilità dei mezzi di prova da esse offerti*". Per converso, dovrà sempre escludersi la possibilità per il consulente tecnico d'ufficio di acquisire documenti non ritualmente prodotti in causa, in quanto in tale ipotesi "*non si tratta di utilizzare dei semplici elementi di fatto, ma di valutare una prova documentale, la quale può essere utilizzata in giudizio solo nel caso in cui il giudice, su espressa richiesta delle parti, ne abbia ordinato l'esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c.*"[59].

In definitiva, secondo tale orientamento l'art. 194 c.p.c. deve essere sistematicamente interpretato, per un verso, alla luce delle norme che disciplinano i poteri delle parti ed il principio dispositivo (artt. 112 e 115 c.p.c.) e, per altro verso, in coerenza con le norme che disciplinano l'istruttoria e l'assunzione dei mezzi di prova da parte del giudice (artt. 202 e ss. c.p.c.). E, pertanto, l'interpretazione sistematica della disposizione contenuta nell'art. 194 c.p.c. deve portare a ritenere che le attività consentite al consulente tecnico dalla norma testè citata incontrino due limiti insormontabili, che si sostanziano rispettivamente: i) nel divieto di svolgere indagini su questioni che non siano state prospettate dalle parti nei rispettivi scritti difensivi ed entro i termini preclusivi dettati dal codice; ii) nel divieto di compiere attività istruttoria ormai preclusa alle parti (come, appunto, procedere all'acquisizione di documenti in un momento successivo al decorso dei termini di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c.).

All'esito di un percorso argomentativo particolarmente arti-

[52] V. Ansanelli, *La consulenza tecnica d'ufficio. Problemi e finalità*, Milano, 2011, pagg. 53

[53] Cass. Civ., 26 ottobre 1973, n. 2770

[54] Cass. Civ., 15/10/2003, n. 15448

[55] Cass. Civ., 14/8/1999, n. 8659

[56] Cass. Civ., 11/12/1992, n. 13109

[57] Cass. Civ. Sez. III, n. 31886 del 6 dicembre 2019, n. 31886 che, a tale riguardo, richiama l'orientamento precedentemente espresso da Cass. Civ., 23 giugno 2015, n. 12921

[58] In questo senso la citata Cass. 31886/2019 richiama il precedente orientamento espresso da Cass. Civ., 15 giugno 2018, n. 15774

[59] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 31886 del 6 dicembre 2019, n. 31886. In precedenza Cass. Civ., 2 dicembre 2010, n. 24549; Cass. Civ., 26 ottobre 1995, n. 11133

colato, valorizzante una lettura al tempo stesso esegetica, sistematica e finalistica dell'art. 194 c.p.c., la Corte di Cassazione conclude ritenendo che, ai sensi della suddetta disposizione: 1) le indagini che il giudice può affidare al consulente tecnico d'ufficio si sostanziano esclusivamente in quelle aventi ad oggetto la valutazione (c.d. di consulenza deducibile) o l'accertamento (c.d. consulenza percipiente) dei fatti che hanno già trovato ingresso nel processo per il tramite delle tempestive deduzioni delle parti; 2) la formulazione di quesiti che comportino l'affidamento al consulente tecnico del compito di accertare fatti mai dedotti dalle parti qualificherebbe come processualmente nullo il suddetto quesito (e, qualora lo stesso fosse finalizzato ad ottenere valutazioni giuridiche, si porrebbe come fonte di responsabilità disciplinare per il magistrato); 2) i "chiarimenti" che il consulente tecnico può richiedere alle parti sono soltanto quelli "*idonei ad illuminare passi oscuri od ambigui dei rispettivi atti, e non possono comportare l'introduzione nel giudizio di nuovi temi di indagine*"; 3) le "informazioni" che il consulente tecnico può domandare a terzi non possono trasformarsi in prove testimoniali, nè avere ad oggetto documenti che era onere delle parti depositare.

1 - b... Possibili deroghe ai limiti dei poteri d'indagine del consulente tecnico d'ufficio

Il principio secondo il quale il consulente tecnico d'ufficio non può supplire alle carenze probatorie delle parti (ossia non può funzionare alla stregua di uno strumento di *relevatio ab oneri probandi*) incontra due deroghe):

1) la prima di queste ricorre, secondo sedimentata giurisprudenza, in tutte quelle ipotesi nelle quali la consulenza tecnica d'ufficio si pone come *extrema ratio probatoria*, ossia quando il ricorso a metodi d'indagine e cognizioni tecnico-scientifiche che trascendono il sapere dell'uomo medio rappresenta l'unico strumento a disposizione della parte per fornire la prova dei fatti costitutivi delle proprie domande ed eccezioni. In tal caso è consentito al c.t.u. derogare con le sue indagini al principio dell'onere della prova, indagando su fatti che sarebbe stato teoricamente onere della parte interessata dimostrare[60]

2) la seconda concerne invece i cosiddetti fatti "accessori" o "secondari", di rilievo puramente tecnico, il cui accertamento è necessario per una esauriente risposta al quesito o per dare riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e docu-

mentato dalle parti[61].

Ai limiti imposti all'attività del c.t.u. dal principio dispositivo e dalle preclusioni istruttorie non è invece possibile derogare nè per ordine del giudice, nè per volontà delle parti.

In conclusione del suo *iter* argomentativo la Corte di cassazione enuncia i seguenti principi di diritto:

(a) il consulente tecnico non può indagare d'ufficio su fatti mai ritualmente allegati dalle parti;

(b) non può acquisire di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi delle domande o delle eccezioni, nè acquisire dalle parti o da terzi documenti che forniscano quella prova; a tale principio può derogarsi soltanto quando la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione non possa oggettivamente essere fornita coi mezzi di prova tradizionali;

(c) può acquisire dai terzi soltanto la prova di fatti tecnici accessori e secondari, oppure elementi di riscontro della veridicità delle prove già prodotte dalle parti;

(d) i principi che precedono non sono derogabili per ordine del giudice, nè per acquiescenza delle parti;

(e) la nullità della consulenza, derivante dall'aver il c.t.u. violato il principio dispositivo o le regole sulle acquisizioni documentali, non è sanata dall'acquiescenza delle parti ed è rilevabile d'ufficio.

Nonostante la chiara enunciazione di specifici principi di diritto espressi attraverso un'apprezzabile approccio sistematico dalla Cassazione con la sentenza n. 31886 del dicembre 2019, con la successiva sentenza n. 2671 del 5 febbraio 2020 la Suprema Corte torna ad intervenire sulla delicata questione concernente i limiti delle attività istruttorie consentite al consulente tecnico; e ciò con un approccio decisamente differente e che conduce, come si è anticipato, anche a precipitazioni pratiche in totale distonia con l'orientamento espresso soltanto due mesi prima dalla Suprema Corte. Il che, sia consentito l'inciso, non può che sollevare interrogativi anche sull'attuale funzione effettivamente nomofilattica del nostro organo giurisdizionale apicale.

Ed in effetti, in tale ultima decisione la Corte di Cassazione inizia col fondare il proprio percorso argomentativo su quegli insegnamenti giurisprudenziali più "salvifici" dei risultati in ogni modo acquisiti al processo per il tramite dell'esperto, ossia tendenzialmente favorevoli a consentire al consulente tecnico "*di attingere aliunde notizie e dati non rilevabili dagli atti processuali quando ciò sia indispensabile per*

[60] In questo senso in dottrina già in precedenza v. L.P. COMOGLIO; *Le prove civili*, 3° ed. Torino 2010, p. 423; in giurisprudenza precedenti conformi, specie con riferimento alla c.d. *consulenza percipiente* v. ex multis, Cass. Civ., Sez. III, 08 febbraio 2019, n. 3717 rv. 652736.

[61] Cass. Civ., Sez. I, 15 giugno 2018, n. 15774 rv. 649471 - 01

espletare convenientemente il compito affidatogli”[62]; e ciò con l’unico limite che tale autonoma attività d’indagine non concerna “*fatti costituenti materia di onere di allegazione e di prova delle parti*”. In tale ultima ipotesi, infatti, l’attività ispettiva dell’esperto si tramuterebbe in un’indebita *relavatio ab oneri probandi*, ponendosi in netto contrasto con il disposto dell’art. 2697 c.c.[63].

Tuttavia, la Suprema Corte ritiene di individuare una sorta di generale derogabilità anche a tale ultimo argine all’estensione di quelli che potremmo veramente chiamare i poteri istruttori ufficiosi del consulente tecnico. Una deroga che, a prescindere da quanto possa risultare condivisibile nella sua applicazione al caso di specie, appare in qualche misura pericolosa ove assunta a regola generale; e ciò sia per la sua portata troppo generica e astratta sia per la labilità dei suoi confini, che la rendono in definitiva sostanzialmente e oggettivamente non controllabile.

Gli ermellini ritengono, infatti, che il consulente tecnico d’ufficio possa esaminare documenti non acquisiti al giudizio, purché tali documenti risultino “*integri ed affidabilissimi*”[64].

A tale riguardo, appare in primo luogo evidente che tale prognosi concernente l’integrità e l’affidabilità dei documenti sia soltanto successiva alla loro disamina; circostanza che già di per sé sostanzia una pericolosa apertura all’acquisizione processuale di documentazione non prodotta dalle parti. In secondo luogo, non si comprende appieno se le caratteristiche che dovrebbero consentire l’acquisizione di tali documenti in violazione del principio dell’onere della prova e del sistema delle preclusioni, riguardino elementi per così dire estrinseci ed intrinseci degli stessi. Se, cioè, le caratteristiche di integrità e affidabilità siano riferite alla loro provenienza oppure costituiscono una valutazione del relativo contenuto. Ma, soprattutto, pur prescindendo da tali interrogativi resta pur sempre un fatto che la caratterizzazione di

tali documenti in termini di integrità e affidabilità non può in ogni caso sanare la violazione dei summenzionati principi (artt. 115 c.p.c., principio preclusivo e onere della prova) che deriverebbe dalla loro acquisizione «ufficiosa» a opera del consulente tecnico d’ufficio. Una simile conclusione finirebbe infatti per relativizzare la portata di principi di ordine generale concernenti la modalità di formazione del materiale utilizzabile dal giudice ai fini della decisione, producendo un’incertezza nelle dinamiche processuali e una possibile disparità di trattamento fra le varie posizioni processuali che appare davvero inaccettabile sinanco sotto il profilo costituzionale.

La sentenza della suprema Corte da ultimo richiamata interviene infine anche sulla possibilità per il consulente tecnico di avvalersi dell’opera di altri esperti o collaboratori, confermando un precedente orientamento ritenente non necessaria in questo caso la preventiva autorizzazione del giudice[65]. Anzi, afferma il Supremo Collegio, non costituisce motivo di nullità della consulenza neppure il fatto che l’ausiliario abbia attinto elementi di giudizio anche dalle cognizioni e dalle percezioni di un proprio collaboratore[66].

Tuttavia, in assenza di un’espressa autorizzazione in tal senso si è ritenuto che le spese sostenute dai collaboratori non siano rimborsabili, rimanendo pertanto a carico del CTU[67].

7. Deposito della relazione peritale

L’elaborato peritale deve essere depositato in cancelleria entro il termine fissato dal giudice con ordinanza emessa al momento del conferimento dell’incarico (*ex art. 195, 3° co., c.p.c.*).

Il suddetto termine, in difetto di espressa disposizione di legge, ha carattere ordinatorio[68], sicché il tardivo deposito non infirma di nullità la relazione[69], fermo restando che, se non sorretto da adeguata giustificazione e dunque ascrivibile a colpa dell’ausiliario, il giudice possa disporre, *ex art.*

[62] Cfr., *ex multis*, Cass. Civ. 28 gennaio 2010, n. 1910

[63] Cass. Civ., 14 novembre 2017, n. 26893; Cass. Civ., 23 giugno 2015 n. 12921

[64] Nel caso di specie, il consulente tecnico d’ufficio aveva esaminato nel primo grado di giudizio ha esaminato alla presenza dei due consulenti tecnici di parte 843 alari contenuti in una scatola integra e pertanto ritenuta affidabilissima.

[65] Cass., 15 luglio 2009, n. 16471

[66] Cass. Civ., 5 febbraio 2020, n. 2671

[67] Cass. 30 marzo 2006, n. 7499

[68] Cfr. Trib. Genova, 12 marzo 2015 “*In materia processuale civile è infondata l’eccezione di nullità della consulenza tecnica d’ufficio, per deposito tardivo della stessa, ovvero per violazione dei termini per chiedere la proroga, in ragione del carattere ordinatorio del termine per il deposito dell’elaborato peritale*”.

[69] Cfr., tra le tante, Cass., 18 marzo 2014, n. 6195; Cass., 8 novembre 2010, n. 22708. Diversamente, nel rito del lavoro, ove il consulente non deposita la propria relazione almeno dieci giorni prima della data della nuova udienza di discussione, ha luogo una ipotesi di nullità relativa; in questi termini v. Cass., 8 novembre 2010, n. 22708,

52 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, la riduzione del compenso spettante al CTU nella misura di un quarto^[70], ovvero provvedere alla sua sostituzione *ex art. 196 c.p.c.*, nonché segnalare l'accaduto al presidente del tribunale, ai sensi dell'*art. 19 disp. att. c.p.c.*, per l'avvio del procedimento disciplinare. In mancanza di una espressa declaratoria di perentorietà, sembra dunque doversi ritenere che tutti e tre i termini previsti dal riformato *comma 3 dell'art. 195 c.p.c.* siano da considerarsi ordinatori. Essendo peraltro oggi la concessione dei suddetti termini finalizzata anche a consentire alle parti il compiuto esercizio del contraddittorio sulle risultanze pe-

ritali, la mancata concessione del termine per formulare *osservazioni* dovrebbe comportare una ipotesi di nullità o inutilizzabilità della relazione peritale. Del resto, la norma sembrerebbe porre a carico dell'esperto un vero e proprio obbligo di replicare -seppur in maniera sintetica- alle osservazioni formulate dalle parti (*rectius* dai loro consulenti). A riguardo, pare possibile ritenere che il mancato svolgimento di tale attività contraddittoria da parte dell'esperto dovrebbe giustificare la richiesta delle parti di ordinare allo stesso esperto di svolgere indagini suppletive o, comunque, di fornire i necessari chiarimenti.

^[70] Cfr. Trib. Mondovì, 4 maggio 2010, in *Redazione Giuffrè*, 2010.

POTERI ISTRUTTORI DEL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO

I limiti dei poteri istruttori del Consulente Tecnico d'Ufficio

di Alessio Antonelli

DEL 5 MAGGIO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. Riferimenti normativi
3. Gli orientamenti formati sul contenuto dell'art. 194 c.p.c.
4. La soluzione adottata dalla Cassazione con la sentenza n. 31886/2019
5. I principi di diritto enunciati nella sentenza n. 31886/2019
6. Il recente arresto della Corte di Cassazione n. 2671/2020
7. Conclusioni

1. Introduzione

È da sempre argomento dibattuto, in seno alla giurisprudenza di legittimità, quello dei limiti dei poteri istruttori del Consulente Tecnico d'Ufficio.

In particolare, nelle fattispecie via via succedutesi al vaglio della Suprema Corte, ci si è chiesti in quali casi risulti ammissibile una deroga ai limiti stabiliti *ex lege* e quali conseguenze processuali discendano in caso di travalicamento dei predetti poteri. Due recenti arresti della Corte di Cassazione hanno tentato di chiarire tali aspetti.

2. Riferimenti normativi

Il Codice di Procedura Civile contiene le norme che individuano i poteri del Consulente Tecnico d'Ufficio e, più in generale, le modalità di conduzione delle operazioni peritali da parte dello stesso.

Secondo quanto previsto dall'art. 194, primo comma, c.p.c.^[1], il Consulente Tecnico d'Ufficio può:

- svolgere le indagini commesse dal Giudice;
- chiedere chiarimenti alle parti;
- assumere informazioni da terzi.

Il successivo [art. 198 c.p.c.](#)^[2] sancisce che, in via del tutto eccezionale, il Consulente Tecnico d'Ufficio, previo consenso di tutte le parti, possa esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa.

L'[art. 62 c.p.c.](#)^[3] prevede che il Consulente Tecnico d'Ufficio compie le indagini che gli sono commissionate dal Giudice e fornisce a quest'ultimo i chiarimenti che gli vengono richiesti.

Vi sono, infine, le norme contenute nelle Disposizioni di Attuazione del Codice di Procedura Civile, precisamente gli articoli [90](#), [91](#) e [92](#).

[1] Testo integrale [art. 194 c.p.c.](#): "Il consulente tecnico assiste alle udienze alle quali è invitato dal giudice istruttore; compie, anche fuori della circoscrizione giudiziaria, le indagini di cui all'[articolo 62](#), da sé solo o insieme col giudice secondo che questi dispone. Può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi e a eseguire piante, calchi e rilievi. Anche quando il giudice dispone che il consulente compia indagini da sé solo, le parti possono intervenire alle operazioni in persona e a mezzo dei propri consulenti tecnici e dei difensori, e possono presentare al consulente, per iscritto o a voce, osservazioni e istanze".

[2] Testo integrale [art. 198 c.p.c.](#): "Quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti. Il consulente sente le parti e, previo consenso di tutte, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. Di essi tuttavia senza il consenso di tutte le parti non può fare menzione nei processi verbali o nella relazione di cui all'[articolo 195](#)".

[3] Testo integrale [art. 62 c.p.c.](#): "Il consulente compie le indagini che gli sono commesse dal giudice e fornisce, in udienza e in camera di consiglio, i chiarimenti che il giudice gli richiede a norma degli [articoli 194](#) e seguenti, e degli articoli [441](#) e [463](#)".

Secondo quanto stabilito dall'[art. 90](#) delle predette Disposizioni di Attuazione[4], il Consulente Tecnico d'Ufficio è autorizzato a svolgere le indagini senza che sia necessaria la presenza del Giudice alle stesse.

L'[art. 91](#) delle Disposizioni di Attuazione riguarda, invece, più specificamente la figura dei Consulenti Tecnici di Parte, ovvero sia gli esperti nominati dalle parti al fine di assistere alle operazioni peritali compiute dal Consulente Tecnico d'Ufficio.

L'[art. 92](#)[5], infine, attiene alle eventuali questioni inerenti ai poteri ed ai limiti dell'incarico conferito al Consulente Tecnico d'Ufficio, il quale ha l'obbligo di informare il Giudice al riguardo.

3. Gli orientamenti formati sul contenuto dell'art. 194 c.p.c.

Relativamente ai poteri istruttori del Consulente Tecnico d'Ufficio, la giurisprudenza di legittimità è divisa in tre orientamenti interpretativi in ordine alla portata del citato [art. 194 c.p.c.](#)

L'orientamento più risalente "conferisce" al Consulente Tecnico d'Ufficio il potere di compiere qualsiasi indagine utile ai fini dello svolgimento del proprio incarico.

Egli, pertanto, può assumere informazioni, esaminare documenti non prodotti in corso di causa, anche in assenza di espressa autorizzazione giudiziale (*ex multis*, Cassazione Civile, [7 novembre 1987, n. 8256](#)[6]; Cassazione Civile, [30 maggio 1983, n. 3734](#)).

Conseguentemente, il Consulente Tecnico d'Ufficio ha tito-

lo per acquisire elementi purché riguardino l'oggetto dell'accertamento (*ex multis*, Cassazione Civile, [24 febbraio 1984, n. 1325](#)[7]; Cassazione Civile [n. 5388/1977](#)).

In conclusione, secondo tale orientamento il Consulente Tecnico d'Ufficio può assumere documentazione anche quando i termini concessi alle parti siano ormai decorsi.

Il secondo orientamento circoscrive i limiti d'azione del Consulente Tecnico d'Ufficio a seconda della tipologia di consulenza:

- nella consulenza c.d. "deducente", il Consulente Tecnico d'Ufficio deve valutare i fatti già accertati dal Giudice o quelli pacifici tra le parti e, quindi, non si pone un problema di limiti. Infatti, tale consulenza ha ad oggetto circostanze già dimostrate dalle parti;
- nella consulenza c.d. "percipiente", il Consulente Tecnico d'Ufficio deve accertare delle situazioni di fatto non dimostrate in giudizio e che sono accertabili solo tramite cognizioni tecniche.

Secondo l'orientamento in esame, il Consulente Tecnico d'Ufficio non incontra alcun limite nell'accertamento dei fatti, compresi quelli costitutivi della pretesa (Cassazione Civile, Sezioni Unite, [4 novembre 1996, n. 9522](#)[8]).

Il terzo e ultimo orientamento - adottato con qualche precisazione dalla Corte - ritiene che il Consulente Tecnico d'Ufficio non possa:

- indagare su questioni non prospettate dalle parti, perché si violerebbe un duplice principio, quello che assegna al-

[4] Testo integrale [art. 90 Disposizioni di Attuazione c.p.c.](#): "Il consulente tecnico che, a norma dell'articolo 194 del Codice, è autorizzato a compiere indagini senza che sia presente il giudice, deve dare comunicazione alle parti del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni, con dichiarazione inserita nel processo verbale d'udienza o con biglietto a mezzo del cancelliere. Il consulente non può ricevere altri scritti defensionali oltre quelli contenenti le osservazioni e le istanze di parte consentite dall'articolo 194 del Codice. In ogni caso deve essere comunicata alle parti avverse copia degli scritti defensionali".

[5] Testo integrale [art. 92 Disposizioni di Attuazione c.p.c.](#): "Se, durante le indagini che il consulente tecnico compie da sé solo, sorgono questioni sui suoi poteri o sui limiti dell'incarico conferitogli, il consulente deve informarne il giudice, salvo che la parte interessata vi provveda con ricorso. Il ricorso della parte non sospende le indagini del consulente. Il giudice, sentite le parti, dà i provvedimenti opportuni".

[6] Secondo la Cassazione: "La consulenza tecnica non è soltanto strumento di valutazione tecnica, ma anche di accertamento e di ricostruzione dei fatti storici prospettati dalle parti, senza peraltro costituire un mezzo sostitutivo dall'onus probandi gravante su di esse, pertanto, mentre è consentito all'ausiliare, nei limiti del principio dispositivo, di assumere di sua iniziativa informazioni ed esaminare documenti non prodotti in causa, anche senza l'espressa autorizzazione del giudice, spetta però a quest'ultimo, quale peritus peritorum, di valutare, con prudente apprezzamento, se l'iniziativa sia stata utilmente condotta".

[7] Osserva la Suprema Corte: "Il giudice del merito è libero di avvalersi della consulenza tecnica di ufficio in ogni sua parte e può trarre elementi di giudizio anche da notizie assunte dal consulente presso terzi, quand'anche tale attività non sia stata autorizzata e sempre che la stessa concerna l'oggetto dell'accertamento".

[8] Secondo la Cassazione: "Il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducete), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente); nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente; in questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento".

le stesse l'onere di allegazione e quello che impedisce al Giudice di valutare questioni non portate alla sua attenzione dai contraddittori (Cassazione Civile, Sezione Terza, [19 gennaio 2006, n. 1020](#)^[9]);

- accertare fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, perché violerebbe il principio dell'onere della prova incombente sui litiganti (Cassazione Civile, Sezione Terza, [19 gennaio 2006, n. 1020](#)).

In entrambe i casi si violerebbe il principio della parità delle parti, perché, tramite la consulenza, una di queste potrebbe "ripescare" documenti non prodotti a tempo debito per dimostrare il proprio diritto o eccezione.

Per contro, il Consulente Tecnico d'Ufficio può:

- valutare scientificamente o tecnicamente i fatti già provati,
- acquisire gli elementi necessari (come misurazioni, stime, analisi) al riscontro di veridicità dei fatti documentati dalle parti.

Inoltre, al Consulente Tecnico d'Ufficio non è mai consentito di introdurre nel processo fatti nuovi o ricercare la prova dei fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, per come dedotti dalle parti.

Solo in due circostanze il Consulente Tecnico d'Ufficio può svolgere indagini esplorative:

- «quando si tratti di "fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza", con esclusione quindi dei fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni» (Cassazione Civile [ord.], Sezione Prima, 15 giugno 2018, n. 15774);
- «quando l'indagine officiosa del C.T.U. sia necessaria per riscontrare la veridicità dei fatti allegati dalle parti e l'attendibilità dei mezzi di prova da esse offerti» (ex multis, Cassazione Civile, Sezione Seconda, [14 novembre 2017, n. 26893](#); Cassazione Civile, Sezione Terza, [23 giugno 2015, n. 12921](#)).

Infine, è escluso che il Consulente Tecnico d'Ufficio possa acquisire documentazione mai prodotta in corso di causa, in quanto una prova documentale può essere utilizzata solo allorché il Giudice ne abbia chiesto l'esibizione ex [art. 210 c.p.c.](#) (ex multis, Cassazione Civile [n. 2770/1973](#); Cassazione Civile, Sezione Prima, [2 dicembre 2010, n. 24549](#);

Cassazione Civile, Sezione Seconda, [26 ottobre 1995, n. 11133](#)).

Da quanto premesso, discende che:

- l'accertamento dei fatti costitutivi delle domande o delle eccezioni è ad appannaggio del Giudice e non del Consulente;
- le valutazioni conclusive del Consulente sono valide a condizione che anche il Giudice, valutato il materiale probatorio impiegato dal suo ausiliario, le condivida (Cassazione Civile, Sezione Terza, [10 maggio 2001, n. 6502](#)).

4. Le soluzioni adottate dalla Cassazione con la sentenza n. 31886/2019

Con la sentenza resa in data [6 dicembre 2019 n. 31886](#) gli Ermellini, nell'individuare l'orientamento - tra quelli sopra esaminati - più coerente con il sistema (ovverosia, il terzo), chiariscono quali siano i poteri istruttori del Consulente Tecnico d'Ufficio, in quali casi risulti ammissibile una deroga ai limiti stabiliti *ex lege* e quali conseguenze processuali discendano in caso di travalicamento dei poteri da parte del medesimo Consulente.

Brevemente, nell'ambito della vicenda sottoposta al vaglio della Suprema Corte la figlia di una paziente deceduta conveniva in giudizio la struttura sanitaria presso cui la madre aveva subito due interventi chirurgici.

L'attrice sosteneva che la vittima non fosse stata adeguatamente informata e che i sanitari non avessero eseguito correttamente il proprio lavoro.

Nel giudizio di primo grado la domanda attorea veniva rigettata e, in sede di gravame, veniva rinnovata la Consulenza Tecnica d'Ufficio.

Il Consulente Tecnico d'Ufficio acquisiva le cartelle cliniche presso l'ospedale e l'appellante contestava la documentazione così acquisita; nondimeno, secondo il Giudice la consulenza era valida, in quanto il Consulente era stato a ciò autorizzato e tale facoltà rientrava nell'[art. 194 c.p.c.](#)

Al di là della questione attinente alla responsabilità medica e al consenso informato, la problematica su cui si sofferma la Corte di Cassazione attiene ai poteri che può esplicare il consulente durante la propria attività.

La Suprema Corte ritiene preferibile adottare, come già an-

[9] Osserva la Suprema Corte: «La consulenza tecnica non costituisce in linea di massima mezzo di prova bensì strumento di valutazione della prova acquisita, ma può assurgere al rango di fonte oggettiva di prova quando si risolve nell'accertamento di fatti rilevabili unicamente con l'ausilio di specifiche cognizioni o strumentazioni tecniche; d'altro canto, il consulente d'ufficio, pur in mancanza di espressa autorizzazione del giudice può, ai sensi dell'[art. 194, 1° comma, c.p.c.](#), assumere informazioni da terzi e procedere all'accertamento dei fatti accessori costituenti presupposti necessari per rispondere ai quesiti postigli, ma non ha il potere di accertare i fatti posti a fondamento di domande ed eccezioni, il cui onere probatorio incombe sulle parti, e, se sconfina dai limiti intrinseci al mandato conferitogli tali accertamenti sono nulli per violazione del principio del contraddittorio, e, pertanto, privi di qualsiasi valore probatorio, anche indiziario».

ticipato, il terzo orientamento tra quelli sopra analizzati per molteplici ragioni, di seguito evidenziate. Innanzitutto, detto orientamento è l'unico coerente con i principi di:

- parità delle parti di fronte al Giudice;
- ragionevole durata del processo ([art. 111 della Costituzione](#)).

Inoltre, lo stesso risulta preferibile sotto il profilo dell'interpretazione sistematica.

Le espressioni contenute nell'[art. 194 c.p.c.](#) («*indagini commesse dal giudice*», «*chiarimenti richiesti alle parti*», «*informazioni assunte da terzi*») non devono interpretarsi letteralmente, in quanto troppo ampie.

Pertanto, tale disposizione deve essere oggetto di un'esegesi sistematica e resa compatibile con **(i)** i principi che regolano i poteri delle parti, **(ii)** il principio dispositivo e **(iii)** le norme sull'istruttoria e sull'assunzione dei mezzi di prova.

L'[art. 194 c.p.c.](#) incontra, dunque, due limiti insuperabili:

- 1) il divieto di indagare su questioni non addotte dalle parti negli scritti difensivi nel rispetto delle preclusioni processuali (diversamente il consulente amplierebbe il *thema decidendum*);
- 2) il divieto di compiere atti istruttori
 - preclusi alle parti (come acquisire documenti una volta decorsi i termini di cui all'[art. 183, sesto comma, c.p.c.](#));
 - riservati al Giudice (come ordinare esibizioni o interrogare testimoni).

Infine, depone a favore del terzo orientamento anche l'interpretazione teleologica. Infatti, consentire al Consulente di acquisire documenti dalle parti o dai terzi si tradurrebbe in un'*interpretatio abrogans* dell'[art. 183, sesto comma, c.p.c.](#)

Nell'esaminare la questione sottoposta, la Suprema Corte si trova a dover affrontare le seguenti questioni di diritto:

- a) quali siano i poteri istruttori del Consulente Tecnico d'Ufficio e quali i loro limiti;
- b) se e quando sia ammissibile una deroga ai predetti limiti, per volontà della legge, per ordine del Giudice o per consenso delle parti;
- c) quali siano le conseguenze processuali della violazione di tali poteri.

a) I poteri istruttori del Consulente Tecnico d'Ufficio: la corretta interpretazione dell'[art. 194 c.p.c.](#)

In virtù dell'articolato percorso argomentativo seguito dai Giudici di legittimità, si ritiene che la corretta interpretazione della norma relativa all'attività del Consulente sia la seguente:

- *“le indagini che il giudice può “commettere” a c.t.u. so-*

no soltanto quelle aventi ad oggetto la valutazione (nel caso di consulenza deducante) o l'accertamento (nel caso di consulenza percipiente) dei fatti materiali dedotti dalle parti, e non altri; l'affidamento per contro al c.t.u. di quesiti concernenti fatti mai dedotti dalle parti o, peggio, di valutazioni giuridiche, sarebbe quesito nullo dal punto di vista processuale e, nel secondo caso, fonte sin anche di responsabilità disciplinare per il magistrato” (Cassazione Civile, Sezioni Unite, [31 marzo 2015, n. 6495](#));

- *“i ‘chiarimenti’ che il consulente può richiedere alle parti sono soltanto quelli idonei ad illuminare passi oscuri od ambigui dei rispettivi atti, e non possono comportare l'introduzione nel giudizio di nuovi temi di indagine”;*
- *“le informazioni’ che il consulente può domandare a terzi non possono trasformarsi in prove testimoniali, né avere ad oggetto documenti che era onere delle parti depositare”.*

Le informazioni devono riguardare **(i)** fatti secondari e tecnici, non costitutivi e/o **(ii)** il riscontro della veridicità dei documenti prodotti.

In tal senso depone anche la lettura sistematica delle norme. L'[art. 87 delle Disposizioni di Attuazione del Codice di Procedura Civile](#), difatti, non ammette la possibilità di depositare documentazione durante le indagini peritali.

Inoltre, quando la legge ha inteso attribuire al Consulente Tecnico d'Ufficio il potere di prendere in esame documenti non prodotti in giudizio, lo ha fatto espressamente, come con l'[art. 198 c.p.c.](#)

È proprio dalla suddetta norma, di carattere eccezionale, che si ricava l'impossibilità del consulente di acquisire documenti non previamente prodotti.

b) Le deroghe ai limiti del Consulente Tecnico d'Ufficio.

Individuati come sopra i poteri del Consulente, occorre ora chiarire se e quando egli possa derogarvi.

Come ricordato, il Consulente Tecnico d'Ufficio non può indagare su fatti non dedotti dalle parti, né acquisire documenti non ritualmente prodotti.

Ci si chiede, a questo punto, se tale divieto sia o meno derogabile.

In caso di “*deficit assertivi*” da parte dei contraddittori, il principio per cui il consulente non possa supplirvi è inderogabile.

Spetta all'attore ed al convenuto l'onere di allegazione dei fatti costitutivi della pretesa.

Invece, nell'ipotesi di “*deficit probatori*” delle parti, il principio per cui il Consulente non possa supplirvi è derogabile in due casi:

- quando per la parte sia impossibile provare il fatto co-

stitutivo della pretesa se non attraverso cognizioni tecniche; in tale circostanza, è consentito al Consulente indagare su fatti che sarebbe stato teoricamente onere della parte interessata dimostrare (consulenza c.d. “percipiente”, *ex multis* Cassazione Civile [ord.], Sezione Terza, [8 febbraio 2019, n. 3717](#)^[10]; Cassazione Civile [ord.], Sezione Prima, [15 giugno 2018, n. 15774](#); Cassazione Civile, Sezione Prima, [10 settembre 2013, n. 20695](#); Cassazione Civile, Sezioni Unite, [4 novembre 1996, n. 9522](#));

- quando le indagini del consulente abbiano ad oggetto fatti accessori o secondari, di rilievo squisitamente tecnico, “il cui accertamento è necessario per una esauriente risposta al quesito o per dare riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti” (Cassazione Civile [ord.], Sezione Prima, [15 giugno 2018, n. 15774](#)).

I limiti imposti al Consulente Tecnico d'Ufficio dal principio dispositivo e dalle preclusioni istruttorie non sono derogabili né per ordine del Giudice, né per volontà delle parti.

c) Le conseguenze processuali della violazione dei poteri del C.T.U.

Nel caso in cui il Consulente Tecnico d'Ufficio travalichi i limiti dettati dal sistema, la conseguenza processuale è la nullità.

Prima dell'introduzione delle preclusioni assertive e istruttorie nel processo civile (avvenuta con la [Legge 26 novembre 1990, n. 353](#)) si riteneva che la nullità - dipendente dall'aver acquisito documenti mai prodotti - fosse sanata, qualora l'eccezione non venisse sollevata nella prima difesa successiva al compimento dell'atto nullo.

Nel tempo, quindi, si era consolidato l'orientamento per cui tutte le nullità della Consulenza Tecnica d'Ufficio fossero relative e andassero eccepite nella prima difesa utile.

Ebbene, tale impostazione deve oramai ritenersi superata.

Le norme sulle preclusioni, difatti, mirano ad attuare *interessi generali*, pertanto, sia che a violarle siano le parti che il consulente, la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio (Cassazione Civile [ord.], Sezione Terza, [26 giugno 2018, n. 16800](#); Cassazione Civile, Sezione Terza, [18 marzo 2008, n. 7270](#)).

Ne consegue, quindi, che le nullità in cui può incorrere il Consulente Tecnico d'Ufficio possono essere:

- nullità relative, sanabili se non eccepite nella prima difesa utile, come ad esempio:
 - l'omissione di avvisi alle parti;
 - l'omesso invio della bozza di consulenza ai difensori delle parti;
 - l'ammissione alle operazioni peritali di un difensore privo di mandato o di un Consulente di parte privo di nomina;
- nullità assolute, commesse in violazione del principio dispositivo, non sanabili con l'acquiescenza e rilevabili d'ufficio, come ad esempio:
 - lo svolgimento di indagini su fatti mai prospettati dalle parti;
 - acquisizione dalle parti o da terzi documenti che, pur essendo erano nella disponibilità dei litiganti, non sono stati tempestivamente prodotti.

5. I principi di diritto enunciati nella sentenza n. 31886/2019

In virtù del ragionamento sin qui esposto, gli Ermellini enunciano i seguenti principi di diritto:

- il Consulente Tecnico d'Ufficio non può indagare d'ufficio su fatti mai ritualmente allegati dalle parti;
 - il Consulente Tecnico d'Ufficio non può acquisire di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, né acquisire dalle parti o da terzi documenti che forniscano quella prova.
- A tale principio può derogarsi soltanto quando la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione non possa oggettivamente essere fornita coi mezzi di prova tradizionali;
- il Consulente Tecnico d'Ufficio può acquisire dai terzi soltanto la prova di fatti tecnici accessori e secondari, oppure elementi di riscontro della veridicità delle prove già prodotte dalle parti;
 - i principi che precedono non sono derogabili per ordine del Giudice, né per acquiescenza delle parti;
 - la nullità della consulenza, derivante dall'aver il Consulente Tecnico d'Ufficio violato il principio dispositivo o le regole sulle acquisizioni documentali, non è sanata dall'acquiescenza delle parti ed è rilevabile d'ufficio.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Suprema Corte, il Consulente Tecnico d'Ufficio aveva acquisito documenti non prodotti dalle parti (la cartella clinica).

Il Giudice non poteva autorizzarlo a ciò poiché, così facen-

^[10] Secondo la Cassazione: “La consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito; questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducete), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche”.

do, avrebbe violato il principio dispositivo e le disposizioni sulle preclusioni assertive e istruttorie.

Il Giudice del gravame, pertanto, avrebbe dovuto valutare se la documentazione riguardasse fatti costitutivi o secondari.

Per tale motivo, la sentenza viene cassata con rinvio e il Giudice di merito dovrà decidere applicando i principi sopra esposti.

6. Il recente arresto della Corte di Cassazione n. 2671/2020

Nel proseguire la propria indagine sui poteri istruttori conferiti al Consulente Tecnico d'Ufficio, la Suprema Corte è di recente ulteriormente intervenuta sull'argomento con la [sentenza n. 2671](#) della Seconda Sezione Civile, pubblicata lo scorso 5 febbraio 2020.

Gli Ermellini, chiamati a pronunciarsi in ordine alla possibilità per il Consulente Tecnico d'Ufficio di esaminare documenti non prodotti in giudizio, hanno ammesso tale eventualità purché tali documenti siano “*integri ed affidabilissimi*”. Si è discusso, in particolare, se sia procedibile la disamina e l'utilizzo, da parte del Consulente Tecnico d'Ufficio di documenti mai ritualmente e tempestivamente prodotti in giudizio dalle parti.

Il paradigma sarebbe il seguente: rientra nel potere del Consulente Tecnico d'Ufficio attingere *aliunde* a notizie e dati non rilevabili dagli atti processuali quando ciò sia indispensabile per espletare convenientemente il compito affidatogli (ex multis, Cassazione Civile, Sezione Terza, [6 novembre 2001, n. 13686](#); Cassazione Civile, Sezione Lavoro, [17 febbraio 2004, n. 3105](#); Cassazione Civile, Sez. II, [8 giugno](#)

[2007, n. 13428](#); Cassazione Civile, Sezione Prima, [28 gennaio 2010, n. 1901](#); Cassazione Civile, [7 novembre 1989, n. 4644](#)), sempre che non si tratti di fatti costituenti materia di onere di allegazione e di prova delle parti poiché, in tal caso, l'attività svolta dal Consulente finirebbe per supplire impropriamente al carente espletamento, ad opera delle stesse, dell'onere probatorio, in violazione dell'[art. 2697 c.c.](#) (ex multis, Cassazione Civile, Sezione Seconda, [14 novembre 2017, n. 26893](#); Cassazione Civile, Sezione Terza, [23 giugno 2015, n. 12921](#)).

Ciò premesso, la Corte ammette una eccezione e consente che il Consulente Tecnico d'Ufficio esamini documenti mai prodotti in giudizio, “*purché integri ed affidabilissimi*” (nel caso sottoposto al vaglio della Cassazione, il Consulente Tecnico d'Ufficio ha esaminato 843 alari contenuti in una scatola integra e pertanto ritenuta affidabilissima alla presenza dei due Consulenti Tecnici di Parte).

7. Conclusioni

Come risulta evidente dalla semplice lettura di quanto sin qui esposto ed argomentato, quello dei poteri spettanti al Consulente Tecnico d'Ufficio è argomento assai dibattuto e sul quale, nonostante le disposizioni contenute nel Codice di Procedura Civile, ancora non sembra esservi unità di vedute. Si auspica, pertanto, anche a tutela delle parti processuali che vedono demandarsi le indagini al Consulente Tecnico d'Ufficio, che la Corte di Cassazione e, di conseguenza, anche i Giudici di merito adottino un orientamento chiaro ed unitario.

NULLITÀ DELL'ATTO DI PRECETTO

La nullità dell'atto di precetto per mancanza dell'indicazione della data di notificazione del titolo esecutivo

Considerazioni sulla sentenza della Corte di Cassazione civile n. 1928 del 28 gennaio 2020

di Elisa Giardini

DEL 6 MAGGIO 2020

Sommario

1. La nullità del precetto per mancata indicazione nel testo della data di notificazione del titolo esecutivo
2. L'applicabilità dell'art. 156, comma 3, c.p.c. al precetto: possibilità di sanatoria del vizio di nullità per raggiungimento dello scopo dell'atto
3. Conclusione

1. La nullità del precetto per mancata indicazione nel testo della data di notificazione del titolo esecutivo

Con la sentenza in commento^[1], la Corte interviene sul tema dei vizi di nullità del precetto, determinati da carenze circa aspetti contenutistici e sostanziali dell'atto, affermando un principio che presenta profili di interesse in quanto - dopo avere toccato e superato una questione preliminare sulle impugnazioni di cui si farà un breve cenno *infra* - consente di ritenere valido il precetto, nonostante la mancata indicazione della data di notifica dell'ingiunzione su cui è fondato, qualora, a dispetto del vizio di difformità dallo schema legale, vi

sia stato il raggiungimento dello scopo cui l'atto è destinato ed il debitore sia stato messo in condizione di individuare comunque il creditore, la somma azionata ed il titolo su cui si fonda la pretesa, in linea con la giurisprudenza di merito intervenuta nel tempo^[2].

La questione nasce dall'opposizione agli atti esecutivi promossa *ex artt.* 617-618 c.p.c. dal destinatario di un atto di precetto su decreto ingiuntivo, il quale deduceva la sua nullità ai sensi dell'*art. 480, comma 2 c.p.c.*, a causa proprio della (e solo per la) mancanza dell'indicazione nel testo della data di notificazione del titolo esecutivo.

[1] *Cassazione civile n. 1928 del 28 gennaio 2020*, in CED, Cassazione, 2020. Per l'ipotesi che l'omissione o l'inesattezza nell'indicazione della data di notificazione del titolo esecutivo giudiziale non comportino nullità del precetto, se *aliunde* nell'atto risultino elementi idonei a fare individuare senza incertezze la sentenza in forza della quale si intende procedere esecutivamente, si leggano anche: Cass. Civ., sez. 3, *n. 8506 del 2.08.1991*, in CED, Cassazione, 1991; Cass. Civ., sez. 3, *n. 3321 del 18.03.1992*, in CED, Cassazione, 1992; Cass. Civ., sez. 6 3, ord. n. 19440 del 18.07.2019, in SmartLex - ISole24Ore, ma anche Cass. Civ., sez. 6 3, ord. *n. 19105 del 18.07.2018*, in CED, Cassazione, 2018 a mente della quale "la nullità del precetto, derivante dalla mancata indicazione della data di notificazione del titolo esecutivo, è sanata, per il raggiungimento dello scopo dalla proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi, in tutti i casi in cui questa si limiti a lamentare l'esistenza dell'irregolarità formale in sé considerata senza dedurre che essa abbia causato pregiudizio ai diritti tutelati dal regolare svolgimento della procedura esecutiva". Nella specie, l'opponente lamentava esclusivamente la mancata indicazione, nel precetto, della data di precedente notifica dei titoli esecutivi senza contestare che questa fosse stata effettuata, e, conseguentemente, di essere stato messo in condizione di adempiere spontaneamente prima ancora della notifica del precetto, né di essere stato efficacemente richiamato alla sua posizione di parte inadempiente, con la notifica del precetto, e messo in condizione di adempiere nel termine indicato nel precetto stesso, evitando l'esecuzione forzata.

[2] Quali precedenti, di merito, coerenti ed in linea con la medesima conclusione della Corte di Cassazione, si leggano Trib. Trento, sent. *n. 682 del 31.07.2013*; Trib. Cassino, sent. n. 991 del 3.12.2013; Trib. Milano, sent. n. 3777 del 14.03.2014 (e nella fattispecie si trattava di un'opposizione al precetto, per mancata indicazione del titolo esecutivo - il verbale di omologazione della separazione - precedentemente notificato); Trib. Ferrara, sent. n. 359 del 10.05.2018, tutte in ISole24Ore - Mass. Rep. Lex24. Per le più risalenti e per i precedenti della Corte di Cassazione, si vedano e leggano i rif. alle sentenze in nota 1 e alle altre cit., nel proseguo della trattazione.

Nel corso del giudizio di opposizione, il debitore dava seguito alla propria obbligazione di pagamento.

In forza dell'avvenuto adempimento, il Tribunale di Gorizia rigettava l'opposizione per carenza di interesse da parte dell'opponente debitore, condannando il creditore opposto al pagamento delle spese di lite, sul punto che l'opposizione, se ne fosse stato esaminato il merito, sarebbe stata comunque fondata, in quanto il precetto notificato era effettivamente privo della data di notifica del decreto ingiuntivo, in violazione di quanto richiede l'[art. 480, comma 2 c.p.c.](#), quale elemento essenziale, prescritto a pena di nullità.

La pronuncia veniva, poi, *portata* in Corte di Cassazione, con ricorso del creditore[3] *ex art. 111 Cost.*[4], ricorso nel quale si sosteneva che la mancata indicazione nel precetto della data di notificazione del decreto ingiuntivo non ne avesse determinato la nullità, essendo sufficiente, ai fini della sua validità, che il precetto notificato, sulla scorta di un decreto ingiuntivo, contenga la sola indicazione del provvedimento che ha disposto la sua esecutività e non anche la data di notificazione dello stesso, nonché per l'erroneità della decisione impugnata *in parte qua* definiva la sussistenza della soccombenza virtuale, con la condanna alle spese.

2. L'applicabilità dell'art. 156, comma 3, c.p.c. al precetto: possibilità di sanatoria del vizio di nullità per raggiungimento dello scopo dell'atto

Prima di affrontare la questione della natura e dei vizi del

precetto, la Corte, esamina una questione preliminare concernente il c.d. principio di consumazione dell'impugnazione, secondo il quale, una volta esercitato il diritto e proposta una rituale impugnazione, il potere si esaurisce[5], e l'impugnante non può più introdurre nuovi o diversi motivi di censura al provvedimento con motivi aggiunti, né ripetere le stesse censure già avanzate con il proprio ricorso, neppure sotto forma di impugnazione incidentale.

La questione si è posta perché nella fattispecie in esame, il ricorrente aveva notificato due ricorsi in Cassazione, a distanza di un giorno l'uno dall'altro (il 15.06.2015, il primo; il 16.06.2015, il secondo); ma dal momento che la sentenza impugnata era stata depositata il 17.12.2014, la Corte ha ritenuto la circostanza non incidente sull'ammissibilità dell'impugnazione, in applicazione dell'orientamento consolidato[6] secondo il quale «il principio di consumazione dell'impugnazione non esclude che, fino a quando non intervenga una declaratoria di inammissibilità, possa essere proposto un secondo atto di impugnazione, immune dai vizi del precedente e destinato a sostituirlo, purché esso sia tempestivo, requisito per la cui valutazione occorre tenere conto, anche in caso di mancata notificazione della sentenza, non del termine annuale, bensì del termine breve[7], decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione, equivalendo essa alla conoscenza legale della sentenza da parte dell'impugnante[8]».

Il riferimento normativo è all'art. 358 c.p.c. (ed in parallelo, con disposizione speculare per il ricorso in Cassazio-

[3] La causa di opposizione *ex art. 618 c.p.c.*, è decisa, infatti, con sentenza non impugnabile.

[4] Si legga Cass. Civ., sez. 3, [n. 19693 del 17.07.2008](#), in CED, Cassazione, 2008. Diversa è, invece, la formulazione dell'[art. 616 c.p.c.](#), rispetto all'opposizione all'esecuzione di cui all'[art. 615 c.p.c.](#): infatti, in quest'ultimo caso, il comma 2 che recitava: "La causa è decisa con sentenza non impugnabile" è stato soppresso dalla [L. n. 69 del 18.06.2009](#).

[5] Cass. Civ., sez. 3, [n. 24219 del 14.11.2006](#), in CED, Cassazione, 2006; Cass. Civ., sez. L, [n. 15407 del 2.12.2000](#), in CED, Cassazione, 2000 ed in La Tribuna, Archivio Civile, 2001, 10, p. 1177.

[6] Tra le tante, Cass. Civ., S.U., [n. 12084 del 13.06.2016](#), in CED, Cassazione, 2016 e Cass. Civ. sez. 6, ord. [n. 11762 dell'11.07.2012](#), in SmartLex - *ISole240re*. Ma anche: Cass. Civ., sez. 1, [n. 18604 del 3.09.2014](#), in CED, Cassazione, 2014; Cass. Civ., sez. 3, ord. n. 20446 del 28.09.2007, in *ISole240re* - Guida al Diritto, 2007, 47, p. 63 e Cass. Civ., sez. 1, n. 9145 del 17.04. 2007, in *ISole240re* - Guida al Diritto, 2007, 28, p. 47, Cass. Civ., sez. trib., ord. [n. 4754 del 28.02.2018](#), in CED, Cassazione 2018 e Cass. Civ., sez. 3, [n. 22957 del 12.11.2010](#), in *ISole240re*, Mass. Rep. Lex24 per cui "la notifica della citazione in appello, non seguita da iscrizione della causa a ruolo, non consuma il potere di impugnazione, atteso che la consumazione del diritto di impugnazione presuppone l'esistenza - al tempo della proposizione della seconda impugnazione - di una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità della precedente, per cui, in mancanza di tale (preesistente) declaratoria, è legittimamente consentita la proposizione di un'altra impugnazione (di contenuto identico o diverso) in sostituzione della precedente viziata, purché il relativo termine non sia decorso".

[7] Volontà e *ratio* di accelerare la fine del processo.

[8] Per la verifica della tempestività della seconda impugnazione, occorre avere riguardo non al termine annuale, ma a quello breve, il quale, solo in difetto di anteriore notificazione della sentenza appellata, può farsi decorrere dalla data di proposizione della prima impugnazione che equivale alla conoscenza legale della decisione impugnata. Si leggano, a questo proposito, Cass. Civ., sez. lavoro, [n. 643 del 23.01.1998](#), in CED, Cassazione, 1998; Cass. Civ., sez. 1, [n. 9569 del 21.07.2000](#), in La Tribuna, Archivio Civile, 2001, 5, p. 619; Cass. Civ., sez. 3, [n. 20912 del 27.10.2005](#), in CED, Cassazione, 2005, ma anche Cass. Civ., sez. 3, [n. 9265 del 19.04.2010](#) in CED, Cassazione, 2010; Cass. Civ., sez. 6, [n. 2478 dell'8.02.2016](#), in CED, Cassazione, 2016 e Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 14214 del 4.06.2018](#), in CED, Cassazione, 2018.

ne, all'[art. 387 c.p.c.](#)), ai sensi del quale "l'appello dichiarato inammissibile o improcedibile non può essere riproposto, anche se non è decorso il termine fissato dalla legge", dove l'aspetto discriminante è dato dall'inammissibilità e/o dall'improcedibilità^[9] dell'appello e la formulazione della norma è negativa^[10].

Ritenuta, così, ammissibile l'impugnazione, la Corte di Cassazione ha proceduto alla disamina dell'unico motivo di ricorso, formulato [ex art. 360 c.p.c.](#) n. 4, per presunta violazione degli artt. [480](#) e [654 c.p.c.](#)

In particolare, sosteneva il ricorrente che la mancanza, nel precetto, della data di notificazione del decreto ingiuntivo non ne comportasse la nullità e che il precetto, notificato sulla base di un previo decreto ingiuntivo, potesse limitarsi a contenere la sola indicazione del provvedimento che aveva disposto l'esecutività del decreto ingiuntivo e non anche la sua data di notificazione, con la conseguenza che la pronuncia del Tribunale andava revocata ed annullata, anche nella parte relativa alla condanna alle spese, adottata sul presupposto, dunque per lui completamente infondato, della soc-

combenza virtuale.

Il precetto, è, infatti, un atto preliminare e prodromico del processo esecutivo, non propriamente un atto processuale^[11]; esso contiene la manifestazione di natura esplicita e solenne, attraverso un atto di natura recettizia, con cui il creditore evidenzia e avverte dell'intenzione di procedere all'esecuzione forzata in un breve termine non minore di dieci giorni^[12], salva la possibilità per il creditore di chiedere l'autorizzazione all'immediata esecuzione deducendo il pericolo nel ritardo, e non superiore ai novanta giorni dalla sua notificazione ([ex art. 481 c.p.c.](#)). La sua funzione è quella di consentire al debitore di adempiere spontaneamente all'obbligazione, così da prevenire l'esecuzione stessa.

Il precetto, peraltro, come è noto, deve contenere a pena di nullità l'indicazione delle parti, la data di notificazione del titolo esecutivo, se questa è fatta separatamente, o la trascrizione integrale del titolo stesso, quando è richiesta dalla legge, l'indicazione [ex art. 654, comma 2, c.p.c.](#) del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà del decreto ingiuntivo e l'apposizione della formula esecutiva^[13] (e la carenza di

[9] Questo principio - e la giurisprudenza così si è espressa anche in altre circostanze (Trib. Frosinone, sent. [10.10.2014](#) in [www.altalex.it](#) ma anche Trib. Mantova, sez. I, sent. del 30.05.2017 in [www.ilcaso.it](#). Si trattava, nella fattispecie del giudice lombardo, di doppio deposito, seppure nel termine, di memorie [ex art. 183, comma 6 c.p.c.](#) n. 2) non vale tuttavia per la memoria istruttoria integrativa, anche qualora il «secondo atto» sia stato depositato nei termini, dovendo ritenersi già consumata la facoltà di integrare al momento del rituale e formale deposito della prima, con la conseguente inammissibilità ed inutilizzabilità dei documenti eventualmente allegati. E la *ratio* è quella di assicurare un'ordinata gestione del processo, finalità che ne resterebbe altrimenti pregiudicata se le istanze istruttorie venissero formulate in più atti, con abusi e confusione. Analoghe considerazioni sono state raggiunte anche per il caso di «doppio deposito» della comparsa conclusionale. Si vedano Cass. Civ., sez. 2, [n. 21472 del 30.11.2012](#), in Codice e Formulario commentato di Procedura Civile, di D. Sole, Maggioli, Rimini, 2013, p. 408 "[...] deve ritenersi che la presenza in giudizio di più difensori della parte non autorizzi i medesimi a moltiplicare gli atti tipici previsti dalla legge per la difesa del proprio assistito, tra i quali rientra la redazione della comparsa conclusionale prevista dall'[art. 190 c.p.c.](#) Il potere di compiere l'atto difensivo va infatti riferito al diritto della parte di difendersi e di contraddire nel giudizio che, esercitabile a mezzo del difensore, è e rimane unico a prescindere dalla circostanza che essa sia assistita da più avvocati. Ne deriva che l'avvenuto deposito della comparsa conclusionale da parte di uno dei difensori consuma il diritto della parte di compiere a relativa attività difensiva, che non può essere duplicata dall'altro avvocato. Ciò anche a tutela del diritto di difesa della controparte, dal momento che, prevedendo la legge il deposito di una sola comparsa conclusale per ciascuna parte costituita, potrebbe ben venire compromesso dalla legittima convinzione che l'avversario abbia compiutamente esercitato la propria difesa con la prima comparsa conclusionale e che ad essa sola si debba contraddire con la memoria di replica».

[10] Se ne ricava, *a contrario*, che se una declaratoria in questo senso non sia intervenuta al momento della seconda impugnazione, il gravame possa comunque essere riproposto, sempreché non sia ancora maturato il termine di legge e vi sia stata instaurazione di regolare contraddittorio tra le parti, così come era comunque avvenuto nella fattispecie.

[11] Nel merito, *ex multis*, Trib. Cassino, sent. [n. 1003 del 27.07.2017](#), in SmartLex - *IlSole24Ore*.

[12] L'indicazione di un termine inferiore a dieci giorni non determina la nullità del precetto per Cass. Civ., sez. 3, [n. 6230 del 24.10.1986](#), in Formulario del Recupero Crediti di P. Leanza, vol. 2, Utet, Torino: "non essendo espressamente prevista alcuna sanzione da parte del legislatore, non costituendo l'avvertimento elemento essenziale dell'atto", per cui in mancanza di adempimento spontaneo comunque si produrranno gli effetti ai quali l'atto è preordinato. Tuttavia l'esecuzione non potrà iniziare prima del decorso del termine minimo di dieci giorni, e ciò anche quando il creditore non solo non abbia indicato alcun termine, ma abbia altresì intimato l'adempimento immediato, senza essere stato autorizzato ai sensi dell'[art. 482 c.p.c.](#) Così, Cass. Civ., sez. 3, [n. 789 del 9.02.1981](#), in *IlSole24Ore*, Mass. Rep. Lex24, ma anche Cass. Civ., sez. 3, [n. 55 del 4.01.2002](#), in CED, Cassazione, 2002 e nel merito, Trib. Pordenone n. 458 del 6.06.2018, in SmartLex - *IlSole24Ore*. In dottrina, V. Andrioli, "Commento al Codice di Procedura Civile", III, Jovene, Napoli, 1957-1964, p. 51 ha affermato che l'omissione dell'intimazione o dell'avvertimento in parola rendono il precetto inidoneo a conseguire lo scopo dell'atto con conseguente nullità dello stesso ai sensi dell'[art. 156, comma 3, c.p.c.](#)

[13] Cass. Civ., sez. 3, [n. 24226 del 30.09.2019](#), in CED, Cassazione, 2019 a mente della quale, però, "nell'espropriazione forzata minacciata [ex art. 654 c.p.c.](#) in virtù di un decreto ingiuntivo esecutivo, l'omessa menzione nell'atto di precetto del provvedimento di dichiarazione di esecutorietà del provvedimento monitorio comporta la nullità - deducibile con l'opposizione agli atti esecutivi - del precetto stesso, non potendo l'indicazione di tale provvedimento evincersi dalla menzione

questi elementi può essere dedotta con l'opposizione agli atti esecutivi[14]) nonché[15] - seppure senza la previsione di una specifica conseguenza sanzionatoria, rimettendo la questione alla valutazione giudiziale - l'avvertimento[16] che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore. Inoltre, il precetto deve essere sottoscritto dalla parte o dal difensore[17], a norma dell'[art. 125 c.p.c.](#)

Nel caso *de quo* mancava effettivamente nel precetto l'indicazione della data di notificazione del titolo esecutivo, avvenuta sì, ma in data precedente alla notificazione del precetto.

La Suprema Corte, facendo un *excursus* sul caso, ha ritenuto il motivo di impugnazione fondato ed ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, osservando che il giudice *a quo* aveva ommesso di verificare se l'atto di precetto, sebbene privo dell'indicazione della data di notifica del decreto ingiuntivo, avesse o

no raggiunto il suo scopo e si fosse dunque verificata la sanatoria dell'atto ai sensi dell'[art. 156, comma 3 c.p.c.](#), secondo il quale "la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato". Con ciò applicando al precetto la disciplina propria delle nullità degli atti processuali[18]. Ad avviso della Corte, le norme del codice di rito costituiscono un sistema unitario che va letto in maniera logica e teleologica (dunque, le une per mezzo delle altre), con la conseguenza che l'indagine di cui all'[art. 480, comma 2 c.p.c.](#), che pure detta sanzioni per la mancata osservanza delle prescrizioni imposte a pena di nullità, non può avvenire senza effettuare un'indagine anche ai sensi dell'[art. 156 c.p.c.](#), ovvero senza verificare il raggiungimento dello scopo dell'atto, secondo un principio generale di economicità e conservazione, principio che impedisce la pronuncia di qualsiasi nullità in presenza di omissioni meramente formali, che non precludono al debitore di sapere chi sia il creditore, quale sia il credito[19], quale sia il titolo che lo sorregge.

Come qualsiasi atto processuale, la dichiarazione di nulli-

dell'apposizione della formula esecutiva»; Cass. Civ. sez. 6 3, ord. [n. 31226 del 29.11.2019](#), in CED, Cassazione, 2019.

[14] L'opposizione a precetto va proposta *ex art. 615 c.p.c.* se si intende contestare il diritto del creditore a procedere all'esecuzione forzata o se si contesta anche parzialmente il *quantum* del credito intimato, mentre si deve optare per un'opposizione agli atti esecutivi, *ex art. 617 c.p.c.*, se ci si duole dell'irregolarità formale del titolo e/o del precetto.

[15] A seguito delle modifiche apportate dall'[art. 13, comma 1, lett. a\) del D.L. n. 83 del 27.06.2015](#), convertito con modificazioni dalla [L. n. 132 del 6.08.2015](#).

[16] Un primo orientamento giurisprudenziale, tra i tanti, è dato del Trib. di Milano, sent. del 23.12.2015, in Centro Studi Giuridici Mantova, [www.ilcaso.it](#), 2016, p. 13961. Il giudice di merito meneghino ritiene che per l'omissione del predetto avvertimento, debba essere dichiarato nullo l'intero atto di precetto, con conseguente sospensione dell'esecuzione e con condanna del creditore al pagamento delle spese processuali. Così, anche Cass. Civ., sez. 3, [n. 22033 del 24.10.2011](#), in *Il Sole-24Ore*, Mass. Rep. Lex24. Un altro orientamento, maggioritario e di segno contrario, sottolinea invece come "l'[art. 480 c.p.c.](#) non preveda alcuna sanzione per il caso di ommesso avvertimento circa la possibilità per il debitore di accedere alle modalità alternative di soluzione della crisi, che peraltro non può ritenersi incidere in alcun modo sugli effetti e sulla funzione del precetto, quale atto prodromico all'inizio dell'esecuzione forzata e potrebbe, al più, farsi valere nell'esecuzione iniziata senza il prescritto avvertimento». Dunque, si tratterebbe di una mera irregolarità, argomentando, a contrario, ai sensi dell'[art. 156 c.p.c.](#) Così tra i tanti, sempre Trib. Milano, sent. 18.02.2016, in Centro Studi Giuridici Mantova, [www.ilcaso.it](#), 2016, p. 15861, pt. I; Trib. Bergamo, sent. del 21.10.2016, in Centro Studi Giuridici Mantova, [www.ilcaso.it](#), 2016, p. 16089, pt. I; Trib. Roma, sent. del 9.01.2016, in Centro Studi Giuridici Mantova, [www.ilcaso.it](#), 2016, p. 14244 e Trib. Ravenna, sent. n. 761 del 22.06.2016 in [www.ilcaso.it](#).

[17] Poiché, tuttavia, per la tesi maggioritaria il precetto non è atto strettamente giudiziale e non costituisce atto introduttivo di un giudizio contenente una domanda giudiziale, pur rientrando tra gli atti di parte il cui contenuto e la cui sottoscrizione sono regolari dall'[art. 125 c.p.c.](#), esso può essere validamente sottoscritto dalla parte oppure da un suo procuratore *ad negotia*. Se, quindi, risulta sottoscritto da un rappresentante del creditore, tale rappresentanza è sempre di carattere sostanziale, anche se conferita a persona avente la qualità di avvocato. Di conseguenza non determina nullità il difetto di procura sull'originale o sulla copia notificata dell'atto. Così, Cass. Civ., se. 6, ord. [n. 8213 del 24.05.2012](#), in CED, Cassazione, 2012; Cass. Civ., sez. 3, [n. 3998 del 23.02.2006](#), in CED, Cassazione, 2006.

[18] Di segno contrario, Cass. Civ., sez. 3, [n. 24226 del 30.09.2019](#), cit. in nota 13 e Cass. Civ., sez. 3, [n. 22510 del 23.10.2014](#), per cui "nell'espropriazione forzata promossa in forza di ingiunzione esecutiva, il precetto deve contenere l'indicazione delle parti, della data di notifica del decreto ingiuntivo, nonché del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e l'apposizione della formula esecutiva, in quanto la completa identificazione del titolo sostituisce, in forza dell'[art. 654 c.p.c.](#), la notifica dello stesso, sicché, in assenza di tali indicazioni, l'atto è viziato *ex art. 480 c.p.c.*, producendosi una nullità equivalente a quella che colpisce il precetto non preceduto dalla notifica del titolo esecutivo, non suscettibile di sanatoria per raggiungimento dello scopo con la mera proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi", in CED, Cassazione, 2014.

[19] Per ipotesi di precetto relativo al pagamento di denaro, la giurisprudenza ha statuito che l'eccessività della somma portata nel precetto non travolge questo per l'intero, ma determina la nullità o inefficacia parziale per la somma eccedente. Ne deriva che l'intimazione resta valida per la somma effettivamente dovuta, alla cui determinazione provvede il giudice che è investito di poteri di cognizione ordinaria, a seguito dell'opposizione in ordine alla quantità del credito. Si veda Trib. Caltanissetta, sent. n. 447 del 31.07.2019, in *IlSole24Ore*, *Il Merito*, 2019, 12, p. 32, ma anche Trib. Monza, sez. 2, sent. n. 1686 del 15.06.2011, in *IlSole24Ore* - Mass. Rep. Lex24.

tà del precetto richiede al giudice tre passaggi logici consecutivi: il primo è quello di individuare quali siano i requisiti formali richiesti dalla legge per l'atto della cui validità si discute[20]; il secondo è quello di accertare con quali forme e contenuti sia stato compiuto l'atto suddetto, e se l'una e gli altri coincidano con quelli prescritti dalla legge[21]; il terzo, ove emerga una difformità tra lo schema legale dell'atto e la sua realizzazione concreta, è quello di stabilire se l'atto, nonostante il vizio formale, abbia concretamente raggiunto lo scopo cui destinato, senza una declaratoria di nullità *sic et simpliciter*. E, si ripete, la finalità della notifica dell'atto di precetto è avvisare il debitore della pretesa del creditore e di consentirgli di individuare quale sia il credito (ed il sotteso titolo esecutivo) di cui si chiede l'adempimento[22].

Pertanto, la Suprema Corte ha concluso[23], che il giudice chiamato a pronunciarsi sulla nullità del precetto, dopo averne riscontrato la sussistenza in astratto, non può/non poteva trascurare di accertare in concreto se, per caso, quella nullità fosse stata sanata dal fatto che nessuna incertezza fosse possibile, per il debitore, sull'individuazione del titolo esecutivo, debitore, che, peraltro, nelle more aveva provveduto a pagare il credito e ad adeguarsi all'intimazione[24].

Se è indubbio che il precetto fondato su un decreto ingiun-

tivo non opposto e privo dell'indicazione della data di notifica di quest'ultimo sia nullo, è altresì vero come non possa escludersi che, avuto riguardo alle particolarità della fattispecie concreta, nello specifico, tale omissione possa non avere ingenerato alcun equivoco o incertezza nel debitore, perché ad esempio non esistevano altri rapporti di dare - avere tra questi ed il creditore ovvero perché il credito era in altro modo indicato nel precetto senza possibilità di incertezze.

E la nullità ne resta sanata[25].

Nella fattispecie, il Tribunale, secondo la Cassazione, non avrebbe dovuto fermarsi, nella propria indagine, a rilevare la mancanza, nel precetto, della data di notifica del decreto ingiuntivo e della difformità allo schema, ma avrebbe dovuto valutare - cosa che non aveva fatto, da cui la censura alla sentenza - se dal complesso dell'atto il debitore fosse stato messo o no in condizione di conoscere con certezza quale fosse il titolo esecutivo portato in esecuzione.

Il raggiungimento dello scopo cui l'atto nullo era preordinato è una circostanza impeditiva della pronuncia sulla nullità e, al pari di questa la sua esistenza, va rilevata e dichiarata *ex officio*.

La validità dell'atto di precetto deve - in buona sostanza ed

[20] C.d. ricognizione della fattispecie astratta.

[21] C.d. accertamento della fattispecie concreta.

[22] C.d. verifica del raggiungimento dello scopo, nonostante il vizio formale.

[23] Non sono stati ritenuti pertinenti all'oggetto del giudizio i precedenti invocati dal ricorrente e citati in sentenza ed in particolare: Cass. Civ., sez. 3, [n. 12731 del 30.05.2007](#), Cass. Civ., sez. 3, [n. 7454 del 5.06.2000](#), in La Tribuna, Archivio Civile, 2001, 4, p. 541; Cass. Civ., sez. 3, [n. 1656 del 28.04.1975](#) e Cass. Civ., sez. 3, [n. 11885 del 1.12.1993](#), in CED, Cassazione, 1993: "perché contengono nella motivazione l'espressa affermazione d'un principio opposto a quello invocato [...] e cioè quello secondo cui il precetto fondato su un decreto ingiuntivo non opposto è valido quando in esso siano indicate le parti e la data della notificazione del decreto ingiuntivo"; Cass. Civ., sez. 3, [n. 12792 del 17.12.1997](#), in CED, Cassazione, 1997, non è rilevante, perché "riguardava una questione diversa [...] e cioè se fosse valido il precetto in cui non è stata indicata l'Autorità che aveva dichiarato esecutivo il decreto ingiuntivo"; Cass. Civ., sez. 3, [n. 330 del 16.01.1987](#), in IISole240re, Mass. Rep. Lex24 "perché aveva ad oggetto un caso di nullità del precetto per omessa indicazione dell'apposizione della formula esecutiva sul decreto ingiuntivo", e Cass. Civ., sez. 3, [n. 1539 del 16.05.1968](#) «perché si occupava del diverso problema della superfluità *ex art. 480 c.p.c.* d'una seconda notifica del decreto ingiuntivo già notificato per i fini dell'[art. 643 c.p.c.](#)'".

[24] V. Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 15316 del 20.06.2017](#), in CED, Cassazione, 2017, per cui "l'omessa indicazione del titolo esecutivo azionato non determina la nullità del precetto [...] quando l'esigenza di individuazione del titolo risulti comunque soddisfatta attraverso altri elementi contenuti nel precetto stesso, la cui positiva valutazione da parte del giudice di merito - insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata - può essere utilmente ancorata al successivo comportamento del debitore. Nella fattispecie esaminata dalla Cassazione, il precetto impugnato era stato notificato in rinnovazione di un precedente precetto e conteneva una precisa indicazione degli estremi della sentenza di condanna, notificata assieme al primo precetto, sulla base del quale sia il primo, sia il secondo precetto erano stati intimati. Ed anche Cass. Civ., sez. 3, [n. 25433 del 2.12.2014](#), in CED, Cassazione, 2014. Nella fattispecie di questa pronuncia il comportamento "concludente" del debitore era consistito nel pronto pagamento dell'importo precettato. Nel merito, *ex multis*, Trib. Genova, sent. n. 829 del 25.03.2019 in SmartLex - IISole240re. *Contra*, sulla non possibile sanatoria del vizio di notifica del precetto ove il pignoramento sia già stato eseguito, si legga Cass. Civ., sez. 3, [n. 24291 del 16.10.2017](#), in CED, Cassazione, 2017, per cui: "la nullità della notifica del precetto può essere sanata, ai sensi dell'[art. 156, comma 3, c.p.c.](#), dalla proposizione dell'opposizione quale dimostrazione della intervenuta conoscenza dell'atto, solo quando è provato che tale conoscenza si è avuta in tempo utile a prevenire il pignoramento, atteso che la funzione tipica dell'atto di precetto è quella di consentire all'intimato di adempiere spontaneamente all'obbligazione portata dal titolo esecutivo evitando l'avvio dell'esecuzione forzata contro di lui".

[25] Concettualmente la sanatoria presuppone una dichiarazione di nullità che, invece, il meccanismo dell'[art. 156, comma 3 c.p.c.](#) tende a scongiurare a monte. In questi termini, C.A. Giovanardi, «Sullo scopo dell'atto processuale in relazione alla disciplina della nullità», in Riv. Dir. civ., 1987, II, p. 281 s.s.

in estrema sintesi - essere valutata “alla luce del principio di conservazione”, e secondo un *iter* logico completo, che impedisce la pronuncia di qualsiasi nullità al cospetto di omissioni puramente formali, che non impediscono al debitore di sapere chi sia il creditore, quale il credito di cui chiede conto e quale il titolo che lo sorregge.

Utilizzando lo schema logico di cui sopra, al giudice del rinvio sarà richiesto di compiere la seguente analisi, risultata carente in prima istanza: 1. per legge il precetto deve contenere la data di notifica del decreto ingiuntivo ([art. 480, comma 2 c.p.c.](#)); 2. nell'atto di precetto *de quo*, concretamente notificato, manca tale data; 3. nonostante l'assenza della data, il precetto ha raggiunto il suo scopo? Si è ingenerato qualche equivoco od incertezza nel debitore. Per contro, nella circostanza in cui l'omessa menzione della data non abbia frustrato la *ratio* della norma, si deve ritenere che l'atto di precetto abbia raggiunto lo scopo[26].

3. Conclusione

Si può dunque concludere che gli elementi formali di un atto processuale ovvero prodromico all'esecuzione, richiesti dalla legge nell'indicazione della sua struttura tipica, sono funzionali allo scopo che l'atto processuale o procedimentale è destinato a conseguire: sono richiesti quegli elementi formali che sono indispensabili per il conseguimento dello scopo dell'atto e se lo scopo risulta ugualmente raggiunto, non rileva la mancanza o incompletezza o imprecisione di un elemento formale. La forma dell'atto processuale, quindi, non ha valore di per sé, ma è funzionale allo scopo dell'atto medesimo, in relazione al quale deve essere valutata la sua essenzialità. Per cui, non ne deve essere esasperata la rilevanza, ai fini della nullità o meno dell'atto, sino a considerarla un requisito autonomo, di per sé stante, avulso dallo scopo”[27].

[26] Si leggano Cass. Civ., sez. 3, [n. 25433 del 2.12.2014](#), Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 15316 del 20.06.2017](#) e Cass. Civ., sez. 3, [n. 24291 del 16.10.2017](#), tutte cit. in nota 24; ed anche Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 19105 del 18.07.2018](#), cit. in nota 1, Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 31226 del 29.11.2019](#), e, ma di segno contrario, Cass. Civ. sez. 3, [n. 24226 del 30.09.2019](#), entrambe cit. in nota 13.

[27] Così, Cass. Civ., sez. 3, [n. 6536 del 28.07.1987](#), cit. in *Processo Civile, Formulario commentato dei procedimenti speciali*, a cura di V. Mariconda e C. Conso-
lo, Ipsoa, 2018, p. 203.

AUTORITÀ GIUDIZIARIA E ARBITRATO IRRITUALE

Sui rapporti tra autorità giudiziaria ed arbitrato irrituale: cenni di legge applicabile in materia di connessione di cause

di Giovanni Viglino

DEL 7 MAGGIO 2020

Sommario

- I. Estremi del provvedimento e massima
- II. Il caso
- III. Sui rapporti tra arbitrato rituale e irrituale, con specifico riferimento al contesto normativo applicabile
- IV. Segue - il problema dell'applicabilità temporale delle norme post-riforma
- V. L'ambito oggettivo di una clausola compromissoria di arbitrato irrituale
- VI. Corrispondenza tra chiesto e pronunciato: le conseguenze del principio della domanda nei rapporti tra giudice e arbitro

I. Estremi del provvedimento e massima

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III civile, ordinanza 31 ottobre 2019, n. 28011 (Armano pres.)

Arbitrato rituale e arbitrato irrituale ex art. 808 quater e 808 ter cod. proc. civ. - Corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 cod. proc. civ. - applicabilità artt. 809-832 cod. proc. civ. all'arbitrato irrituale - Ambito oggettivo clausola compromissoria di arbitrato irrituale - cumulo di domande ed interpretazione - connessione di cause

In presenza di una contestuale proposta davanti al giudice ordinario di più domande connesse, alcune di sua competenza ed altre di competenza arbitrale irrituale, non si verifica alcuna "vis attrattiva" di queste ultime verso la giurisdizione ordinaria. Tale soluzione non discende tuttavia dall'applicazione dell'art. 818 ter c.p.c., norma che disciplina i rapporti tra autorità giudiziaria e arbitri (rituali), ma dalla constatazione in termini generali dell'arbitrato irrituale come strumento che esclude la tutela giurisdizionale e con essa qualsiasi analogica applicazione delle norme processuali dettate per l'arbitrato rituale.

II. Il caso

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla qualifica e l'ampiezza da attribuire ad una eccezione di clausola compromissoria per arbitrato irrituale in presenza di un cumulo di domande e, conseguentemente, sull'interpretazione del principio della domanda ex art. 112 c.p.c. in arbitrato. L'ordinanza della Cassazione origina da una causa portata all'attenzione della corte d'appello di Mila-

no, dove C.M.C. («Ricorrente») chiedeva con atto di citazione notificato ad M.A. e La Pieve Srl. («Controricorrenti») la condanna al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento di determinate obbligazioni nascenti da un contratto d'affitto d'azienda. I Controricorrenti eccepevano clausola d'arbitrato irrituale presente nel contratto d'affitto. I giudici d'appello, non rinvenendo nell'atto di citazione alcuna altra domanda (in particolare, un'eventuale domanda da parte del Ricorrente di liquidazione della sua quota nella società La Pieve), dichiaravano improcedibile la domanda di condanna al risarcimento dei danni perché ricompresa nell'alveo della clausola compromissoria.

Il Ricorrente proponeva ricorso in Cassazione adducendo, *inter alia*, violazione e falsa applicazione degli articoli 808 ter, 808 quater e 112 c.p.c., relativi rispettivamente all'arbitrato irrituale, all'interpretazione (estensiva) da ammettere in caso di arbitrato rituale e al principio della domanda. A giudizio del Ricorrente, i giudici d'appello errarono gravemente nell'interpretazione della domanda introdotta nel giudizio, la quale conteneva diverse richieste fondate su differenti titoli, molte delle quali non ricomprese nell'ambito della clausola compromissoria.

Con ordinanza, la Suprema Corte accoglieva il ricorso e rinviava alla corte d'appello.

III. Sui rapporti tra arbitrato rituale e irrituale, con specifico riferimento al contesto normativo applicabile

Non è certamente un segreto che in Italia il rapporto tra ordinamento giurisdizionale e arbitrato non sia mai stato dei mi-

glieri. Ci sono volute riforme e pronunce contrastanti in giurisprudenza per giungere alla ben nota Cassazione a Sezioni Unite che ha equiparato il lodo arbitrale (rituale) alla sentenza, riconoscendone la stessa efficacia e ricollegandone le stesse conseguenze[1]. Se poi la discussione si sposta su un piano intra-arbitrale, e quindi a quale sia il rapporto tra le due differenti *species* (rituale ed irrituale) di un unico *genus* (arbitrato), il dibattito è lontano dall'essere risolto. A tal proposito è utile ripercorrere brevemente lo sviluppo di tale relazione, avendo sempre un occhio anche al parallelo sviluppo del *genus* arbitrale con riferimento all'ordinamento giuridico. È possibile individuare tre periodi: (i) prima della riforma del 1994[2]; (ii) successivamente alla riforma del 1994 e prima della riforma del 2006; (iii) successivamente alla riforma del 2006[3].

Per quanto concerne il primo periodo, l'arbitrato rituale veniva considerato come eccezionale e sostitutivo della giurisdizione statale[4], mentre quello irrituale non comportava particolari problemi dato il carattere esclusivamente negoziale del medesimo[5]. Dall'eccezionalità del carattere dell'arbitrato rituale discendevano due importanti conseguenze: in primo luogo, in caso di dubbi concernenti l'intenzione delle parti sul carattere della clausola compromissoria, era da preferirvi l'interpretazione volta a ricondurre l'incertezza verso

l'irritualità[6]. In secondo luogo, la pendenza davanti a giudice e arbitro di questioni connesse comportava l'attrazione di entrambe alla giurisdizione statale[7]. Il secondo periodo ha visto, paradossalmente, un'involuzione dell'accettazione dell'arbitrato come *genus* rispetto alla giurisdizione statale. Infatti, a seguito della riforma del 1994, la Cassazione cominciò a configurare anche l'arbitrato rituale come qualcosa di puramente negoziale, estraneo a qualsivoglia ambito giurisdizionale[8]. A questo, chiaramente, conseguiva un avvicinamento quasi totale tra le due *species* dell'arbitrato, tanto da domandarsi se si potesse ancora parlare dell'esistenza di due arbitrati differenti. Il terzo periodo è caratterizzato, tra le altre cose, da tre novità fondamentali: (i) la riforma del 2006 che tipizza per la prima volta l'arbitrato irrituale[9]; (ii) l'introduzione, da parte della medesima riforma, di regole concernenti i rapporti tra autorità giudiziaria e arbitro; (iii) la sopra citata Cassazione a Sezioni Unite che ha equiparato il lodo arbitrale (rituale) a sentenza.

Quanto appena visto, tuttavia, non è ancora servito a chiarire il punto più controverso (e importante) della relazione tra arbitrato irrituale e rituale: la possibilità o meno di applicare le regole processuali dedicate all'arbitrato rituale anche all'arbitrato irrituale, ovviamente fin dove compatibili. Storicamente, nel corso di tutte e tre le fasi appena viste, due opposti

[1] Cass. Civ. S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153.

[2] L. 5 gennaio 1994, n. 25.

[3] D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in attuazione della L. delega 14 maggio 2005, n. 80.

[4] Cass. Civ. S.U., 12 ottobre 1983, n. 5922: "i poteri decisorii degli arbitri si pongono su un piano sostitutivo di quelli del giudice ordinario", Giust. Civ. Mass. 1983(9); Cass. Civ. S.U., 19 maggio 1986, n. 3333, così i Supremi Giudici: "le controversie medesime non possono essere portate alla cognizione di arbitri, il cui intervento è consentito solo in via sostitutiva nell'ambito delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria ordinaria."

[5] Sin dalle primissime origini di tale istituto, che vengono comunemente fatte risalire a Cass. Torino 27 dicembre 1904, vi sono sempre stati pochissimi dubbi sulla natura di tale istituto. Si vedano anche Cass. Civ. S.U., 29 novembre 1986, n. 7087: "[l]l'arbitrato irrituale, infatti, comporta il mandato agli arbitri per lo svolgimento di un'attività negoziale in sostituzione delle parti e non l'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale"; nella medesima direzione Cass. Civ. S.U., 2 giugno 1988, n. 3767; Cass. Civ. S.U., 9 dicembre 1986, n. 7315: "[i]n seguito alla eccezione di compromesso per arbitrato irrituale siccome agli arbitri in questo caso non è devoluto alcun potere (giurisdizionale) di decidere controversie, ma di definire sul piano dell'autonomia privata la contestazione insorta tra le parti con un negozio giuridico avente gli stessi effetti di un atto dalle medesime direttamente posto in essere nei rapporti tra loro, ne discende che la questione se la contestazione debba in concreto essere definita o meno dagli arbitri irrituali non può identificarsi con una questione di giurisdizione." In dottrina: *ex plurimis*, Angelo Buongiorno, *Gli arbitrati del codice di procedura civile*, 2015, Milano, pagg. 21 e ss.

[6] *Ex plurimis*, Cass. Civ. Sez. I, 18 novembre 1992, n. 12346: "maggior favore con il quale deve essere riguardata la competenza del giudice ordinario, istituzionalmente preposto alla risoluzione delle controversie, che induce a risolvere l'incertezza nell'interpretazione della clausola e nella conseguente qualificazione dell'arbitrato nel senso che le parti abbiano inteso prevederne l'irritualità."

[7] In giurisprudenza: Cass. Civ. Sez. II, 21 marzo 1989, n. 1411; Cass. Civ. Sez. I, 23 agosto 1990, n. 8608: "L'accento va posto, cioè sulla naturale prevalenza della giurisdizione statale su quella arbitrale anche nel caso in cui la domanda principale sia di competenza degli arbitri e solo quella accessoria rientri nella competenza del giudice ordinario; basta, quindi, la concorrenza di domande che almeno in parte esorbitino dalla competenza arbitrale perché sulle liti connesse debba postularsi la competenza dei giudici dello Stato." Cass. Civ. Sez. I, 22 ottobre 1991, n. 11197. In dottrina: *ex plurimis*, Federico Ungaretti Dell'Immagine, *L'arbitrato irrituale tra negozio e processo: la qualifica della relativa eccezione tra rito e merito*, in Riv. Arb. 2014(2), pag. 345.

[8] Doveroso ricordare la famosa e contestatissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, la quale ha esplicitamente riconosciuto natura negoziale all'arbitrato rituale. Si veda Cass. Civ. S.U., 3 agosto 2000, n. 527.

[9] Si veda l'art. 808 *terc.p.c.*

orientamenti hanno continuato ad esistere: un primo orientamento che considera le due *species* arbitrali come totalmente distinte e conseguentemente come inapplicabile qualsiasi disciplina dell'arbitrato rituale a quello irrituale^[10]; un secondo orientamento che vuole invece far confluire la disciplina dell'arbitrato rituale a quello irrituale, per quanto compatibile e salva una espressa pattuizione *ad hoc* da parte dei soggetti contraenti^[11].

La [legge delega n. 80/2005](#) prevede espressamente «che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare». Parte della dottrina^[12] ha sottolineato come l'intenzione del legislatore di voler prevedere una disciplina unitaria dell'arbitrato

sia chiara e sia evidenziata sia dalla scelta di far sempre applicare le norme in materia di arbitrato qualunque la denominazione del patto compromissorio; sia dalla possibilità di fruire della tutela cautelare^[13]. Ed anche la *ratio* che probabilmente ha mosso il legislatore è intuibile: le uniche due differenze tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale insistono sull'efficacia esecutiva del lodo e sul regime delle impugnazioni. Tuttavia, per quanto riguarda tutto il resto (a titolo di esempio: contraddittorio, nomina degli arbitri, domanda di arbitrato...), le due *species* sono esattamente identiche^[14]. Vi deve essere un consenso delle parti, l'avvio di un procedimento mediante una domanda d'arbitrato, la costituzione di un collegio arbitrale imparziale e indipendente, il rispetto del contraddittorio. Ne segue che non vi è particolare ragione per non estendere la disciplina processuale dell'arbitrato rituale a quello irrituale, con la chiara esclusione di quelle (limitatissime) norme non compatibili^[15].

La tesi opposta vuole insistere sul dato esclusivamente let-

^[10] Si veda *ex plurimis* Bove, *Art. 808-ter*, in AA.VV., *Riforma del diritto arbitrale*, S. Menchini (a cura di), Padova, 2007, a pag. 1156: «la legge processuale non si occupa, se non nei ristretti limiti di quanto dispone l'art. 808-ter, dell'arbitrato libero, che si presenta, quindi, come un procedimento negoziale che si colloca fuori della sfera d'influenza del codice di rito.»

^[11] L'unitarietà del fenomeno arbitrale già veniva proposta da Fazzalari, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in Riv. dir. proc., 1968, pagg. 459 e ss. In epoca più recente, a titolo di esempio: Francesco Mauceri, *Brevi note in tema di arbitrato irrituale fra processo e contratto*, in Giust. Civ., 2011(10), pagg. 503 e ss.; Gabriella Tota, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in Riv. Arb., 2007(4), pagg. 555 e ss. Recentissimamente, in maniera molto netta, Francesco Campione, *Le domande nuove nella dimensione dell'arbitrato*, in Riv. Arb. 2019(3), pag. 521: «è da preferire l'impostazione secondo la quale l'arbitrato irrituale, espletando la medesima funzione (decisoria) dell'arbitrato rituale, condivide con quest'ultimo anche la struttura processuale.»

^[12] A titolo di esempio, Maria Giulia Canella, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare in un recente provvedimento e dopo la l. 14 maggio 2005, n. 80*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005(3), pagg. 1013 e ss.; Dell'Immagine, op. cit. a pag. 351: «la ricostruzione unitaria del fenomeno arbitrale appare sistematicamente più lineare e porta a qualificare i due tipi di arbitrato come mezzi di risoluzione della controversia regolati nella legge processuale»; Bruno Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in Riv. Arb., 2007(1), pag. 28: «[e]vidente è l'adesione della fattispecie legale dell'arbitrato irrituale ad un modello unitario e generale di arbitrato alle cui manifestazioni presiedono comuni principi.»

^[13] Il rapporto tra tutela cautelare e arbitrato irrituale è sempre stato molto controverso, soprattutto prima della riforma. Tuttavia, già prima della tipizzazione dell'arbitrato irrituale, c'era chi argomentava a favore della tutela cautelare in arbitrato irrituale. Si veda Guido Canale, *Tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1997(4), pagg. 941 e ss. L'esplicito riferimento alla tutela cautelare nella legge delega ha permesso a molti in dottrina di argomentare a favore della estensione della normativa rituale all'arbitrato irrituale. A titolo di esempio, si vedano Dell'Immagine, op. cit., a pag. 350; Tota, op. cit. a pag. 566.

^[14] Si veda l'analisi di Tota, op. cit., pagg. 555 e ss. sulla compatibilità della quasi totalità delle norme rituali all'arbitrato irrituale.

^[15] Interessante sottolineare, senza pretesa di esaustività, che se si dovesse ammettere che effettivamente la disciplina possa essere estesa, si aprirebbe addirittura la porta per una diversa qualificazione dell'eccezione di clausola compromissoria d'arbitrato irrituale; un'eccezione che non sarebbe più di merito, ma necessariamente di rito. Prima della riforma, infatti, la giurisprudenza era pressoché conforme nel qualificare l'eccezione come eccezione di merito. A titolo di esempio, Cass. Civ. Sez. I, [30 dicembre 2003, n. 19865](#); Cass. Civ. Sez. I, [8 febbraio 2005, n. 2524](#). Post riforma, soprattutto in dottrina, sempre più voci stanno promuovendo la qualifica di eccezione di rito all'eccezione di clausola compromissoria irrituale. Tota, op. cit., non ha dubbi sull'ascrivibilità dell'eccezione come eccezione di rito. A pag. 566: «Alla diversa qualificazione dell'eccezione di arbitrato libero come difesa di merito potrebbe allora pervenirsi unicamente ammettendo - in adesione alla richiamata teoria del negozio per relationem - che la sottoscrizione di una convenzione d'arbitrato implichi l'integrale dismissione delle pretese delle parti, le quali rinuncerebbero con tale accordo alle rispettive posizioni di diritto sostanziale (ossia alla res litigiosa) per obbligarsi ad accettare e, quindi, a considerare come diretta manifestazione della propria volontà, la regolamentazione negoziale che sarà fissata dagli arbitri. Ma [...] non è questa la realtà del fenomeno arbitrale irrituale, il quale postula la proposizione di una domanda di tutela di posizioni giuridiche soggettive non dissimile da quella proponibile innanzi agli organi dello Stato e, dunque, idonea a inibire l'intervento dell'autorità giudiziaria - che, se adita, dovrà ricusare l'esame del merito mediante sentenza processuale - fin tanto che il lodo non sia stato emanato.» Nella stessa direzione Paolo Biavati, *Commento all'art. 808-ter c.p.c.*, in *Commentario*, Carpi (a cura di), Bologna, 2007; *contra* Bove, op. cit.

terale dell'[art. 808 ter](#), il quale statuisce che “[l]e parti possono [...] stabilire che, in deroga a quanto disposto dall’articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. **Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo.**” (Enfasi aggiunta). L’argomentazione che segue è quindi: le parti possono optare per l’arbitrato irrituale, ma tale scelta comporta l’esclusione delle norme applicabili all’arbitrato rituale, queste ultime applicabili se, a contrario, le parti non abbiano derogato alla disciplina prevista dall’articolo 824-bis[16]. Tuttavia, come sottolineato in dottrina[17], tale conclusione è criticabile da un punto di vista logico: considerato il carattere ora eccezionale dell’arbitrato irrituale, le parti che vogliono utilizzare quest’ultimo strumento devono dichiararlo espressamente. Ne segue che come le parti abbiano consapevolmente deciso di derogare alla disciplina altrimenti automaticamente rituale, egualmente le parti hanno il diritto di derogare alla disciplina altrimenti automaticamente applicabile mediante una pattuizione *ad hoc*. In assenza di quest’ultima, opereranno le norme previste per il rituale nei limiti di quanto compatibile.

IV. Segue - il problema dell’applicabilità temporale delle norme post-riforma

Problema distinto è l’applicabilità temporale delle norme post-riforma. Il [Decreto Legislativo 40/2006, all’art. 27](#), espressamente prevede un diverso regime temporale di applicabilità delle norme riformate: (i) le disposizioni del capo I (*i.e.* artt. [806-808 quinquies](#) c.p.c.) si applicano «alle convenzioni di arbitrato stipulate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto»[18]; viceversa, (ii) le restanti norme

(artt. [809-832](#) c.p.c.) si applicano «ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto»[19]. Tale differenziazione risulta importante per quanto concerne la pronuncia in commento, considerato che la clausola compromissoria contenuta nel contratto d’affitto d’azienda fu stipulata anteriormente all’entrata in vigore del Decreto Legislativo[20]. La corte d’appello non si è preoccupata di sottolineare l’inapplicabilità delle norme del capo I e ha proceduto ad un’analisi della clausola compromissoria basandosi sull’[art. 808 quater](#), il quale prevede che “[n]el dubbio, la convenzione d’arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce”. La Suprema Corte, viceversa, si è (giustamente) preoccupata di far notare l’inapplicabilità delle norme di cui sopra e conseguentemente di rigettare come criterio interpretativo sia quanto previsto dall’[art. 808 quater](#), sia quanto previsto dall’[art. 808 ter](#)[21], di fatto quindi escludendo anche una interpretazione restrittiva della clausola come richiesto dal Ricorrente. Se fino a questo punto quanto sottolineato dalla Corte va esente da critiche, è il passaggio successivo operato dai Supremi Giudici che merita di essere letto attentamente per un eventuale diverso approccio al tema (per quanto concerne la scelta della Cassazione della non-estensione della disciplina di cui agli artt. [809-832](#) c.p.c., si vedano le argomentazioni *supra*, para. III).

V. L’ambito oggettivo di una clausola compromissoria di arbitrato irrituale

[16] La giurisprudenza sembra avere pochi dubbi sull’escludere il regime processuale rituale all’arbitrato irrituale: Cass. Civ. Sez. VI, [5 dicembre 2012 n. 21869](#); Cass. Civ. Sez. VI, [17 gennaio 2013, n. 1158](#); Cass. Civ. Sez. VI, 6 novembre 2013, n. 25029. Anche in dottrina c’è chi interpreta “altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo” come un’intenzione del legislatore di escludere la disciplina all’arbitrato irrituale: Giovanni Verde, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino, 2006, pag. 36; Biavati, op. cit.

[17] Dell’Immagine, op. cit. a pag. 350: “[è] perfettamente argomentabile, del resto, l’esatto contrario, ovvero che la locuzione legislativa significa che, in mancanza di una disciplina ad hoc, si applicano “sempre”, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per l’arbitrato rituale.” In maniera ancora più diretta, Tota, op. cit., pag. 558: “Insomma, l’alternativa posta dalla norma in esame attiene esclusivamente alla modalità arbitrale prescelta (che, in assenza di apposita previsione derogatoria dell’[art. 824-bis c.p.c.](#), sarà in ogni caso quella rituale), e non anche alla disciplina applicabile al procedimento, che resta invece quella degli artt. [806](#) ss. c.p.c. ogni qualvolta all’opzione per l’arbitrato libero non si affianchi la diversa e ulteriore manifestazione della volontà di derogare altresì alle restanti disposizioni del codice di rito.»

[18] [Art. 27, terzo comma.](#)

[19] [Art. 27, quarto comma.](#)

[20] Precisamente, il 25 febbraio 2005.

[21] Nel linguaggio della Corte: “Pertanto, errata deve ritenersi la statuizione della Corte d’appello, che ritiene di applicare direttamente alla convenzione, stipulata anteriormente al 2006, il criterio legale interpretativo dell’oggetto della clausola compromissoria, dettato dall’[art. 808 quater c.p.c.](#), secondo cui ‘nel dubbio’ la convenzione deve intendersi estesa ‘a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce’. Altrettanto errato deve ritenersi, per lo stesso motivo, l’argomento svolto dal ricorrente, nel primo motivo, secondo cui la interpretazione restrittiva del contenuto della clausola compromissoria dovrebbe desumersi dall’[art. 808 ter c.p.c.](#), trattandosi di norma anch’essa inapplicabile alla fattispecie per le medesime ragioni sopra esposte.”

L'ambito oggettivo di una clausola compromissoria (che sia di arbitrato rituale o irrituale) è da sempre tema molto dibattuto e discusso[22]. Non è questa la sede per approfondire l'argomento, tuttavia qualche importante cenno va fatto. La riforma del 2006, introducendo l'[art. 808 quater](#) e quindi favorendo normativamente un'interpretazione estensiva dell'ambito di una clausola compromissoria, ha evidentemente recepito le diverse autorevoli voci dottrinali che da lungo tempo insistevano su una maggiore flessibilità[23]. L'inapplicabilità temporale dell'[art. 808 quater](#) ha fornito tuttavia ai Giudici il pretesto per ritornare all'orientamento precedente la riforma. Al raggiungimento di tale risultato ha certamente contribuito la corte d'appello nel non pronunciarsi su diverse e ulteriori richieste formulate nell'atto di citazione (di cui si discuterà al successivo paragrafo, VI), errore che ha permesso ai Supremi Giudici di sottolineare come qualsiasi questione concernente illeciti extracontrattuali, precontrattuali oppure illeciti contrattuali ma nascenti da contratto autonomo, seppur collegato e tra le stesse parti, non possa essere fatta ricomprendere nell'ambito della clausola compromissoria.

Tuttavia, sulla scia di autorevolissime voci dottrinali[24], un'altra lettura interpretativa può essere fornita. In una situazione dove le parti contraenti abbiano scelto la via arbitrale (rituale o irrituale) per risolvere le controversie che dovessero nascere da un contratto, si deve intendere, in assenza di precisazione a tal riguardo, che le stesse parti abbiano inteso conferire all'autorità arbitrale anche tutte quelle controversie che, pur non avendo come *causa petendi* una violazione contrattuale, abbiano un titolo che si rifà, che si riconduce, che sia collegato al medesimo contratto e coinvolga le medesime parti. Nel caso di specie, non dovrebbe quindi ostare alla competenza arbitrale l'(ulteriore) azione di condanna proposta dal Ricorrente avente oggetto la restituzione di una somma data a mutuo e pattuita originariamente in un contratto di finanziamento diverso dal contratto d'affitto d'azienda. Quanto scritto non vuole stare a significare che ogni qual

volta vi siano contratti collegati tra le medesime parti vi debba essere competenza arbitrale a decidere ogni controversia. Ciò che si vuole criticare, come ampiamente evidenziato da medesima dottrina, è l'approccio che vede la necessaria esclusione di qualsiasi potere di un arbitro di decidere una controversia in quelle situazioni dove non è immediatamente chiaro cosa le parti avessero voluto.

Tuttavia, come si accennava in precedenza, quanto appena visto in tema di ambito oggettivo della clausola compromissoria è soltanto una parte del punto in realtà centrale della pronuncia in commento: la violazione del principio della domanda [ex art. 112 c.p.c.](#) da parte della corte d'appello di Milano, violazione di cui si discuterà ora.

VI. Corrispondenza tra chiesto e pronunciato: le conseguenze del principio della domanda nei rapporti tra giudice e arbitro

Come è noto, l'[art. 112 c.p.c.](#) prevede che «[i]l giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa». Spetta alle parti, nell'atto di citazione, di precisare il *thema decidendum* e spetta al giudice di decidere su quanto presentato dalle parti. Nel caso di specie, il Ricorrente lamenta in Cassazione errata interpretazione della domanda da parte della corte d'appello, non avendo quest'ultima individuato le diverse e ulteriori richieste formulate nell'atto di citazione (*i.e.* pretese riguardanti illeciti extracontrattuali, illeciti contrattuali ma derivanti da diverso contratto, pretesa di liquidazione della quota sociale) e di conseguenza di aver erroneamente dichiarato improcedibile la domanda perché compresa nell'ambito della clausola compromissoria, quando in realtà molte delle pretese formulate non vi potevano essere ricondotte.

Un'eventuale censura dell'interpretazione della domanda in sede di legittimità, come specificato dalla Suprema Corte, deve "evidenziare un vizio consistente nella alterazione del senso letterale o del contenuto sostanziale dell'atto"[25]. Nella pronuncia in commento nulla si può dire della decisio-

[22] Il tema, complesso, esula dalla presente trattazione. Per chi volesse cominciare ad approcciare l'argomento, si rimanda a Andrea Carlevaris, *Ambito oggettivo dell'accordo compromissorio e arbitrabilità delle controversie non contrattuali*, in Riv. Arb., 2010(4), pagg. 611 e ss.; Alessio Filippo di Girolamo, *La potestas iudicandi degli arbitri in materia non contrattuale (anche, ma non solo, con riferimento all'azione del compratore ex art. 1669 c.c.)*, in Riv. Arb., 2019(1), pagg. 31 e ss.; Alessandro Motto, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in Riv. Arb., 2006(1), pag. 88; Vito Amendolagine, *Criteri interpretativi della clausola arbitrale e favor arbitrati*, in Riv. Arb., 2019(1), pagg. 115 e ss. In ambito societario, Chiara Spaccapelo, *Brevi note sull'ambito oggettivo e soggettivo della clausola compromissoria, nonché sulla sua interpretazione*, in Riv. Arb., 2014(1), pagg. 115 e ss.; Laura Salvaneschi, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla «competenza» a deciderle*, in Riv. Arb., 2013(4), pagg. 916 e ss.

[23] *Ex plurimis*, Laura Salvaneschi, *Arbitrato*, in Commentario al Codice di Procedura Civile, 2014, Bologna, pagg. 192 e ss.; Elena Zucconi Galli Fonseca, in *Arbitrato*, Carpi (a cura di), 2007, Bologna, pagg. 148 e ss.

[24] Autori citati *supra* nota 23.

[25] Così i Supremi Giudici nella pronuncia qui in commento, che si rifanno a Cass. Civ. Sez. L., [5 febbraio 2004, n. 2148](#).

ne dei Supremi Giudici per quanto concerne la violazione da parte della corte d'appello. Quello che preme sottolineare sono le conseguenze. In altre parole: ammesso che vi sia stata una violazione del principio della domanda, e quindi ammesso che vi siano più domande connesse, alcune di competenza arbitrale ed altre di competenza giudiziale, questo cosa comporta?

La tematica della connessione di cause pendenti davanti a giudice ed arbitro è sempre stata molto controversa[26]. Prima della riforma del 1994, la giurisprudenza era unanime nell'affermare che la pendenza davanti a giudice e arbitro (in sede rituale) di questioni connesse comportasse l'attrazione di entrambe alla giurisdizione statale[27]. Questo non valeva (anche post riforma 1994) per l'arbitrato irrituale, sulla (quantomeno coerente) scia che quest'ultimo integrasse un qualcosa di totalmente estraneo alla giurisdizione statale[28]. La riforma del 1994, e soprattutto quella del 2006 (che ha tipizzato l'arbitrato irrituale), hanno radicalmente

cambiato piano di gioco. L'[art. 819 ter c.p.c.](#), come novellato, ora prevede che “[l]a competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice. La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43”. (Enfasi aggiunta). I rapporti tra giudice e arbitro sono, in seguito a tale novella, ora configurati in termini di competenza e non di giurisdizione, con la cruciale conseguenza dell'applicabilità dell'impugnazione per regolamento di competenza[29]. Quanto appena scritto vale per l'arbitrato rituale. Ma ecco che, nuovamente, entra in gioco il dibattito sopra esposto circa il rapporto tra irrituale e rituale: è applicabile l'[articolo 819 ter c.p.c.](#) all'arbitrato irrituale?[30]

Parte della dottrina e della giurisprudenza rimangono ancorati all'inapplicabilità dell'[art. 819 ter c.p.c.](#) sulla scia di

[26] Interessante osservare lo sviluppo giurisprudenziale di questa tematica. Inizialmente, anche una mera connessione impropria comportava la devoluzione al giudice ordinario della cause connesse. Si veda a tal proposito la massima di Cass. Civ. Sez. I, [4 aprile 1979, n. 1943](#): “[i]l vincolo di connessione fra più domande o fra più controversie, alcune di competenza arbitrale ed altre di competenza del giudice ordinario, comporta che la competenza di quest'ultimo assorbe ed esclude la competenza arbitrale, ancorché si verta solo in ipotesi di connessione cosiddetta impropria, per la presenza, nelle diverse cause, di una o più questioni identiche, dalla cui soluzione dipenda, totalmente o parzialmente, la decisione”, in Giust. Civ. Mass. 1979 (4). Successivamente, i Supremi Giudici, nella pronuncia Cass. Civ. Sez. I, [12 novembre 1998, n. 11436](#), statuivano quanto segue: “[l]'[art. 819 bis cod. proc. civ.](#), introdotto dall'[art. 11 della legge 5 gennaio 1994 n. 25](#), dispone che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice e l'[art. 27, primo comma, della citata legge](#) dispone, a sua volta, che l'[art. 819 bis cod. proc. civ.](#) si applica ai procedimenti arbitrali in corso, salvo che non sia intervenuta pronunzia di incompetenza per motivi di connessione tra la controversia deferita agli arbitri ed una causa pendente davanti al giudice.” Infine, in tempi recenti, post riforma del 2006, si veda Cass. Civ. Sez. I, [15 febbraio 2013, n. 3826](#): “in tema di arbitrato, il primo periodo dell'[art. 819 - ter c.p.c., comma 1](#), nel prevedere che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice ordinario, implica, in riferimento all'ipotesi in cui sia stata proposta una pluralità di domande, da un lato che la sussistenza della competenza arbitrale deve essere verificata con specifico riguardo a ciascuna di esse, non potendosi devolvere agli arbitri - o al giudice ordinario - l'intera controversia in virtù del mero vincolo di connessione, dall'altro che l'eccezione d'incompetenza dev'essere sollevata con specifico riferimento alla domanda o alle domande per le quali è prospettabile la dedotta incompetenza.”

[27] Si veda *supra*, nota 7.

[28] Cass. Civ. Sez. I, [18 gennaio 1990, n. 231](#): “[q]uanto alla sostenuta attrazione del giudizio arbitrale nella competenza del tribunale di Bergamo [...], la censura è, nel caso in esame, priva di rilevanza, poiché la questione cui accenna la ricorrente postula che si tratti di due procedimenti giurisdizionali, l'uno principale e l'altro accessorio, e che quindi la pronunzia arbitrale sia chiesta nell'ambito di un arbitrato rituale, che presenta, appunto, quel connotato di giurisdizione di cui, come è noto, è privo l'arbitrato irrituale”; Cass. Civ. Sez. I, [12 aprile 2005, n. 7551](#): “[a]llorquando, invece, le parti abbiano convenuto una deroga alla giurisdizione del giudice ordinario preferendo una definizione negoziale delle controversie tra loro insorgenti nell'esecuzione di un determinato contratto la questione esorbita dalla disciplina della competenza e non vi è materia per una sua estensione analogica non essendo ipotizzabile alcuna connessione tra un giudizio ordinario e un negozio giuridico”.

[29] Cass. Civ. Sez. I, [15 febbraio 2013, n. 3826](#), cit. *supra* nota 26. App. Roma, sez. lav., 12 febbraio 2019, n. 4199: «[q]uanto all'asserito difetto di giurisdizione del tribunale in ragione della clausola compromissoria, la Corte ritiene che l'eccezione riproposta in questa sede sia inammissibile in quanto il provvedimento col quale il tribunale ha deciso sulla competenza in favore del giudice ordinario poteva essere impugnato esclusivamente col regolamento di competenza [...]. Le Sezioni Unite con sent. [n. 24153/2013](#) hanno stabilito il principio secondo cui l'attività degli arbitri rituali ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza.» E di conseguenza, l'importanza cruciale della novella del 2006: «l'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali è soggetta alle forme processuali vigenti al momento in cui essa sia proposta, con la conseguenza che la sentenza va impugnata con l'appello e con il regolamento di competenza, a seconda che il giudizio sia proposto prima o dopo il 2 marzo 2006, data di entrata in vigore della menzionata disposizione».

[30] Per una trattazione esaustiva del tema si rimanda a Rita Tuccillo, *Riflessioni sulla litispendenza nell'arbitrato irrituale*, in Riv. Arb., 2014(2), pagg. 389 e ss.

quanto visto sopra. Di conseguenza, se da un lato la soluzione della contemporanea pendenza non è esclusa come non lo era prima della riforma, da altro lato questo comporta l'inapplicabilità dell'impugnazione per regolamento di competenza della decisione sulla validità della clausola compromissoria irrituale^[31].

Tuttavia, se si condivide la posizione di chi promuove l'uniformità del regime processuale arbitrale, nei limiti della compatibilità delle norme con le due differenti *species* arbitrali e nei limiti eventualmente previsti dalle parti, la situa-

zione cambia. L'[articolo 819 ter c.p.c.](#), infatti, non presenta problemi di incompatibilità con l'arbitrato irrituale e una sua applicazione a quest'ultima *species* arbitrale comporterebbe, in primo luogo, un importante passo verso la conferma dell'unitarietà dell'arbitrato, inteso come *genus* derogatorio della giurisdizione statale; e, in secondo luogo, una maggiore prevedibilità e chiarezza nei rapporti tra processo ordinario e processo arbitrale, preferendo un rapporto bilaterale a uno trilaterale (giudice ordinario - arbitro rituale - arbitro irrituale), che altro non porterebbe se non confusione e incertezza.

^[31] La giurisprudenza è ancorata all'inapplicabilità delle norme "rituali" all'arbitrato irrituale, anche per quanto concerne l'[art. 819 ter c.p.c.](#) In Cass. Civ. Sez. VI, 6 novembre 2013, n. 25029, infatti, molto chiari e diretti i Supremi Giudici nel ritenere che "in tema di arbitrato, la decisione del giudice ordinario, che affermi o neghi l'esistenza o la validità di un arbitrato irrituale, e che, dunque, nel primo caso non pronunci sulla controversia dichiarando che deve avere luogo l'arbitrato irrituale e nel secondo dichiarare, invece, che la decisione del giudice ordinario può avere luogo, non è suscettibile di impugnazione con il regolamento di competenza, in quanto la pattuizione dell'arbitrato irrituale determina l'inapplicabilità di tutte le norme dettate per quello rituale, ivi compreso l'[art. 819 ter cod. proc. civ.](#)" In dottrina, viceversa, il tema è molto dibattuto. Secondo Bove "la distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato libero è totale anche sul piano della disciplina giuridica nel suo complesso, non solo per la presunta differenza di efficacia dei rispettivi lodi", Mauro Bove, *Art. 808 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, S. Menchini (a cura di), Padova, 2010, pag. 73. *Contra*, Sassani, op. cit., pag. 31: "[l]a domanda di arbitrato è pertanto domanda di tutela di posizioni soggettive interferente con l'esercizio della tutela dinanzi agli organi della giurisdizione, sicché alla tutela dello stesso diritto non può provvedere l'autorità giudiziaria che, se sollecitata, deve rifiutarne l'erogazione: l'eccezione di arbitrato irrituale è idonea a impedire la trattazione e a dar luogo a sentenza di rigetto in punto di rito." Ed in nota, l'Autore procede a dire che "[q]uanto al regime applicabile all'eccezione di patto compromissorio irrituale non v'è alcuna ragione di non applicare l'[art. 819-ter c. 1.](#)" Nella stessa direzione, Tota, op. cit. pag. 560: "eventuali perplessità in ordine all'[art. 819-ter](#), comma 1 - nella parte in cui ammette l'impugnabilità ex artt. 42 e 43 c.p.c. della 'sentenza con cui il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato' - sono agevolmente superabili sul riflesso che la nozione di 'competenza' ivi accolta dal legislatore è sufficientemente ampia e atecnica da potersi riferire senza soverchie difficoltà a qualsiasi rapporto giudice-arbitro (non rilevando, cioè, l'appartenenza dell'arbitrato all'una o all'altra species)."

INGIUNZIONE ART. 177 DISP. ATT. C.P.C.: ANTIECONOMICITÀ

Antieconomicità dell'esecuzione ed ingiunzione ex art. 177 disp. att. c.p.c. (Nota a Tribunale di Varese, II Sezione civile, 20 febbraio 2020)

di Emanuele Caimi

DEL 11 MAGGIO 2020

Sommario

- I. La vicenda
- II. Decadenza dall'aggiudicazione, ingiunzione ed antieconomicità della prosecuzione
- III. Parametri esterni alla definizione di antieconomicità della prosecuzione
- IV. Osservazioni conclusive

I. La vicenda

Tribunale di Varese, II Sezione civile, 20 febbraio 2020, Giudice dell'esecuzione Dott.ssa Flaminia D'Angelo

Veniva aggiudicato provvisoriamente un piccolo appartamento, peraltro di modesto valore, per il prezzo di euro 14.250,00 a seguito di offerta ex [art. 571 comma 2 c.p.c.](#) (base d'asta euro 19.000,00).

Nel provvedimento d'aggiudicazione il professionista delegato si curava di indicare all'aggiudicatario la provvisorietà dell'aggiudicazione, il termine per il versamento del saldo prezzo e la puntuale quantificazione degli oneri dovuti per il trasferimento.

Quest'ultimo ometteva di versare nel termine stabilito la somma dovuta ed il delegato segnalava l'accaduto al Giudice dell'Esecuzione che, con decreto reso ai sensi dell'[art. 587 c.p.c.](#) ed [art. 176 disp. att. c.p.c.](#), ne dichiarava la decadenza disponendo la perdita a titolo di multa della cauzione versata; fissava inoltre udienza per la prosecuzione dell'esecuzione, onorando la cancelleria di dar corso alle comunicazioni del caso. Veniva quindi disposto un nuovo esperimento d'asta per il medesimo prezzo base.

Nessuno partecipava e ne veniva disposto uno successivo con riduzione di un quarto rispetto alla base d'asta. Anche quest'ultimo esperimento andava deserto.

Il delegato restituiva nuovamente gli atti al Giudice dell'Esecuzione il quale, tenuto conto dell'acquisizione all'attivo della procedura della cauzione versata, ordinava un ultimo tentativo d'asta al medesimo prezzo base. Anche questo

esperimento risultava deserto e gli atti venivano nuovamente restituiti al Giudice dell'esecuzione.

Visti gli esperimenti compiuti ed il prezzo base, nella restituzione si evidenziava, ai sensi dell'[art. 164 bis disp. att. c.p.c.](#), l'antieconomicità della prosecuzione dell'esecuzione.

Il creditore procedente insisteva per l'emissione d'ingiunzione a carico dell'aggiudicatario sul presupposto che l'improcedibilità e quindi l'estinzione per antieconomicità della procedura giustificasse la condanna dell'aggiudicatario decaduto al pagamento della differenza tra l'offerto ed il realizzato. L'ordinanza in commento affronta due temi: il primo relativo all'ingiunzione ex [art. 177 disp. att. c.p.c.](#) ed il secondo, antecedente logico del primo, concernente l'antieconomicità della procedura ai sensi dell'[art. 164 bis disp. att. c.p.c.](#). Mentre l'istituto della decadenza dell'aggiudicatario provvisorio è stato introdotto con il codice del 1940, l'estinzione anticipata del procedimento di cui all'[art. 164 bis delle disposizioni attuative](#) è frutto della più recente sensibilità economica. Infatti la norma, di cui all'[art. 23 del D.L. 132/2014](#) convertito dalla [legge 162/14](#), introduce il concetto della "ragionevole" soddisfazione dei creditori.

II. Decadenza dall'aggiudicazione, ingiunzione ed antieconomicità della prosecuzione

Il Codice Pisanelli, una volta pronunciata la sentenza d'aggiudicazione del bene immobile (ex artt. 675 I comma e 685 Codice 1865), differiva il versamento del saldo prezzo al termine del giudizio di graduazione dei crediti il cui esito, in ca-

so di mancato accordo tra i creditori ai sensi del [primo comma dell'art. 678 c.p.c.](#), veniva devoluto al giudice attraverso le cosiddette “note di collocazione” *“approvate e sottoscritte dal Giudice delegato”* ai sensi dell'art. 717 comma IV, note che avevano efficacia di titolo esecutivo contro il compratore.

All'acquirente veniva accordato un termine di giorni cinque per il pagamento del prezzo dovuto, al cui spirare poteva promuoversi il giudizio di rivendica (art. 718 Codice Pisanelli)[1].

Con il codice del 1942 è stato differito il trasferimento della titolarità del diritto di proprietà al pagamento del dovuto e, per quanto d'interesse, si è introdotta la figura dell'aggiudicazione provvisoria con contestuale fissazione di un termine solo formalmente più ampio rispetto all'abrogato codice[2] per il versamento del saldo prezzo. Incassato il saldo prezzo si procede al riparto del realizzato, secondo l'ordine dei privilegi.

Il termine per il versamento del saldo prezzo e degli oneri collegati nella misura stabilita dal delegato - che è da considerarsi di natura processuale e soggiace alla sospensione feriale[3] - è di natura perentoria[4] anche in considerazione della decadenza che ne deriva dal mancato rispetto, oltre che dalla necessità di assicurare l'immutabilità delle originarie condizioni di vendita[5]. È tuttavia possibile, prima della dichiarazione di decadenza, chiedere la remissione in termini[6] ove ne sussistano i presupposti di legge, ovvero chiederne prima della scadenza la proroga.

Per completezza e con riferimento alla vendita competitiva in sede fallimentare, nell'ipotesi di cessione di natura privatistica non vi sarebbe una rigorosa applicazione delle regole processualciviltistiche, al punto da far dubitare sull'operatività o meno dell'[art. 587 comma 1 c.p.c.](#)[7].

Una volta pronunciata la decadenza dall'aggiudicazione la norma dispone che si proceda ad un secondo esperimento d'asta al medesimo prezzo base, senza che vi sia alcun onere di notifica dell'avviso di vendita all'aggiudicatario dichiarato decaduto relativo al successivo esperimento[8].

L'aggiudicatario decaduto sarà tenuto, giusto il combinato disposto degli articoli [587, II](#) comma c.p.c. e [177 disp. att. c.p.c.](#), a corrispondere la differenza tra il realizzato e l'offerta in sede d'aggiudicazione provvisoria, dedotta la cauzione versata.

Il Tribunale di Varese non ha invece ritenuto di emettere l'ingiunzione di cui sopra. Il ragionamento è stato il seguente. Prima della declaratoria di antieconomicità non è possibile affermare che il realizzato sia pari a zero. Secondariamente, a seguito della chiusura anticipata ai sensi dell'[art. 164 bis disp. att. c.p.c.](#), il “*giudice si spoglia di ogni potere dispositivo sulla procedura in questione*”.

Dunque non sarebbe possibile emettere l'ingiunzione ex [art. 177 disp. att. c.p.c.](#) poiché la declaratoria di chiusura anticipata per antieconomicità, presupposto logico ed ipotetico per affermare il «realizzo 0», esaurirebbe la potestà giurisdizionale, precludendo la pronuncia o meglio non potendosi dar corso alla fase distributiva a cui fa espresso riferimento l'[art. 177 comma II disp. att. c.p.c.](#)

Da altra prospettiva è proprio la chiusura della procedura a determinare una declaratoria, seppure in termini “ragionevoli” e quindi non assoluti, che il realizzato sarà pari effettivamente a zero. Certamente non vi sarà alcun riparto ed ai creditori non resteranno che gli oneri del procedimento esecutivo.

Quest'interpretazione, sicuramente accettabile in una prospettiva economica e di soddisfazione del creditore, pone alcuni interrogativi. Il primo attiene alla compatibilità tra la

[1] Nel codice previgente non si rinviene l'espressione aggiudicatario ma “compratore, così l'[art. 675 c.p.c.](#) ove il partecipante all'incanto viene dichiarato «compratore» e la sentenza di cui all'[art. 685 c.p.c.](#) conteneva «la dichiarazione di chi resta compratore».

[2] Non si può ignorare che l'attività di graduazione o collocazione dei crediti non sia altro che quella che attiene al “riparto” del realizzato. Fase che ora succede mentre prima precedeva il trasferimento della proprietà.

[3] Così Cass. I Sez. Civ. [13 luglio 2012, n. 12004](#) in Mass. Giust. Civ., 2012, 7-8, 916.

[4] In questi termini Cass. III Sez. Civ. [29 maggio 2015 n. 11171](#) in Diritto & Giustizia, 2015, 3 giugno.

[5] Al punto che è stata ritenuta inammissibile la richiesta di versamento rateale del saldo prezzo, nel termine di mesi 12 così come modificato dal [d.l. 83/2015](#), ove non prevista nell'originaria domanda di partecipazione al sub procedimento d'asta; in questi termini Tribunale di Napoli Nord, III Sez. Civ., [29 ottobre 2017](#) in *ilprocessocivile.it*, fasc., 9 aprile 2018 con nota critica di Giordano, *Versamento del c.d. saldo - prezzo tra istanza di proroga e rateizzazione*.

[6] Si veda Tribunale di Terni, 19 maggio 2005 in *Giur. Merito*, 2005, 10, 2123; nel caso concreto il ritardo fu di un solo giorno e dovuto ad una malattia sorta proprio nell'imminenza della scadenza del termine.

[7] In questi termini Tribunale di Bergamo II Sez. Civ., [10 settembre 2015](#) in *Redazione Giuffrè*, 2015.

[8] In questi termini Cass. VI Sez. Civ., [15 novembre 2019 n. 29732](#): “*in tema di vendita forzata, l'aggiudicatario di un immobile, che sia stato dichiarato decaduto per omesso versamento del saldo del prezzo nel termine stabilito, non ha diritto a ricevere la notificazione dell'avviso della successiva vendita, sebbene dall'esito della stessa dipenda la misura in cui egli sarà tenuto nei confronti della procedura ex art. 587, comma 2, c.p.c.*” in *Giustizia Civile Massimario*, 2019.

lettera dell'[art. 177 disp. att. C.p.c.](#) ed il realizzo zero in caso di estinzione anticipata.

Una prima obiezione all'equiparazione potrebbe muoversi proprio dalla lettera della norma che si riferisce alla *“differenza tra il prezzo da lui offerto e quello minore per il quale è avvenuta la vendita”*; in particolare quest'ultimo periodo porterebbe ad escludere la possibilità di determinare il sottraendo dell'operazione matematica sottesa alla determinazione del credito da assegnarsi ai creditori. D'altro canto è innegabile che nell'ipotesi di estinzione anticipata non via sia stata alcuna vendita.

Se non che la mutata sensibilità economica potrebbe indurre ad equiparare l'espressione *“quello minore per il quale è avvenuta alla vendita”* a quanto effettivamente realizzato, al lordo degli oneri di procedura.

Occorre chiedersi se l'ingiunzione di cui all'[art. 177 disp. att. c.p.c.](#) costituisca un autonomo procedimento ovvero sia un sub procedimento all'interno del processo esecutivo.

Dirimente appare il coordinamento tra il [secondo comma dell'art. 177 disp. att. c.p.c.](#) e l'art. 164 bis delle disposizioni attuative.

Il credito di cui all'ingiunzione è oggetto di assegnazione al creditore nella fase di riparto.

Fase di riparto che logicamente non vi può essere nel momento e nella misura in cui viene dichiarata la chiusura anticipata del giudizio esecutivo proprio per antieconomicità. È pur vero che, per quanto estinta la procedura, il Giudice dell'esecuzione conserva la potestà di liquidare i compensi ai propri ausiliari ma è altrettanto vero che ciò non costituisce in sé una stretta manifestazione della potestà giurisdizionale. Non si può ignorare tuttavia che l'[art. 587 comma 2 c.p.c.](#) si limiti ad affermare un obbligo specifico in capo all'aggiudicatario dichiarato decaduto: *“pagare la differenza”* tra il realizzato e la somma offerta.

III. Parametri esterni alla definizione di antieconomicità della prosecuzione

Ulteriore tema trattato dal Tribunale di Varese nell'ordinanza in commento attiene l'accertamento dei presupposti per la

declaratoria di antieconomicità quali: (i) il disinteresse del mercato per il bene staggito nonostante la pubblicità e tenuto conto del prezzo base d'asta *“esiguo in termini assoluti”*; (ii) la *“ragionevole”* soddisfazione dei creditori.

La lettera della norma pone a fondamento del potere d'estinzione anticipata riconosciuto al giudice dell'esecuzione un accertamento, non certo agevole, non già della *“soddisfazione del creditore”* in sé ma del *“ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori”*. Introducendo un giudizio di *“ragionevolezza”*, giudizio di valore dai confini incerti[9] e che non può risolversi, pena la perdita di rilevanza, nel mero disinteresse del mercato e, per contro, può evolversi nel mero rapporto percentuale tra i crediti vantati ed il valore. D'altro canto ben potrebbe accadere che un cespite di valore assoluto rilevante non assicuri la soddisfazione dei creditori magari intervenuti per ingenti crediti, da cui la necessità di compiere anche una valutazione in termini *«assoluti»*[10].

Segue, nella formulazione della norma, l'individuazione di elementi che dovrebbero condurre alla valutazione di *“ragionevolezza”* o per lo meno a contenere il rischio di una deriva soggettiva nell'interpretazione del requisito: i costi *“necessari per la prosecuzione”*; *“le probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo”* del medesimo. Dunque il Tribunale di Varese si inserisce in quell'orientamento che sembra individuare un *quid novi* rappresentato dal disinteresse del mercato che non presenterebbe difficoltà concrete d'accertamento risolvendosi nell'analisi *«di dati sostanzialmente oggettivi e di immediata percezione»*. Orientamento che attribuisce all'infruttuosità degli esperimenti un indice serio di antieconomicità[11].

D'altro canto è il disinteresse del mercato a condurre all'antieconomicità dell'esecuzione. Intuibili possono essere le ragioni che influiscono su tale esito, ragioni che non necessariamente interessano soltanto compendi fatiscanti, collabenti, *aut similia*.

L'estensore del provvedimento in questione pare consapevole dell'incerto limite del secondo requisito per l'esercizio del potere di cui all'[art. 164 bis disp. att. c.p.c.](#), ovvero sia la *“ragionevolezza”* della soddisfazione dei creditori.

[9] Si veda Gobio Casali, *L'espropriazione forzata di quote di s.r.l. dopo le riforme*, in Giur. Comm., Fasc. 5, 2015, p. 815 per il quale: *“detta chiusura è dunque ancorata ad una valutazione discrezionale del giudice, essendo soggettiva l'identificazione di una soglia “ragionevole”*”.

[10] Così Tribunale di Roma 1 ottobre 2015 in Foro. It., 2016, I, 1872, per il quale: *“in tema di espropriazione immobiliare, la pronuncia di chiusura anticipata del processo esecutivo per infruttuosità ... va valutata non soltanto in termini relativi, ovvero in relazione alla percentuale del credito soddisfatto rispetto a quello azionato, ma anche in termini assoluti”*.

[11] In questi termini Tribunale di Como I Sez. Civ., 15 febbraio 2015 *«costituisce serio indizio di infruttuosità dell'espropriazione forzata la circostanza per cui, pure a seguito di molteplici esperimenti di vendita, il bene non ha suscitato interesse nel mercato nonostante l'ampia pubblicità attuata ed il fatto che sia stato posto in vendita ad un prezzo destralmente eseguito in valori assoluti”*. In termini identici Tribunale di Alessandria, 28 gennaio 2015, entrambe in Redazione Giuffrè, 2015.

Parametro che si muove lungo due direttrici: la proporzione tra i crediti ed il possibile realizzo; la rilevanza in termini assoluti del realizzo, tale che consenta la soddisfazione “*in modo non irrisorio i crediti azionati*” con la procedura esecutiva^[12].

Nel caso di specie l'ammontare dei crediti vantati era di circa 11 volte superiore al possibile realizzo. Rapporto che inevitabilmente s'incrementa nell'ipotesi di offerta ex [art. 571 comma 2 c.p.c.](#)

Soltanto l'irrisorietà quale limite “assoluto” della valutazione si risolve in un giudizio sottratto a valutazioni soggettive e riterrà sussistente l'antieconomicità ogni qual volta il realizzato sarà insufficiente ad assicurare un *quid pluris* rispetto al «*recupero delle spese sostenute per l'attuazione coattiva del credito*»^[13].

IV. Osservazioni conclusive

Non si può ignorare che, accanto all'interesse pubblico della ragionevole durata del processo esecutivo o all'interesse privatistico all'economicità della procedura^[14], vi è la necessità di attuare il fine proprio dell'espropriazione: soddisfare il diritto di credito di chi agisce *in executivis*.

E da questa prospettiva non si può trascurare che il creditore procedente - e i creditori intervenuti - in ipotesi di estinzione anticipata non avranno alcuna soddisfazione in termini assoluti, a prescindere dal rapporto percentuale tra il possibile realizzo e la possibile distribuzione ed il credito vantato, al netto o meno delle somme sostenute per il procedimento in sé. Del resto in sede concorsuale - concordataria, prima della riforma del 2015, si assisteva a proposte talvolta del 3/5% del credito nominale, riparti ritenuti legittimi.

L'attuale configurazione della norma sull'estinzione anticipata, proprio perché “anticipata”, non consente di emettere l'ingiunzione di pagamento di cui all'art. 177 delle disposizioni attuative. Infatti l'accertamento d'antieconomicità corrisponde certamente ad un realizzo zero per il creditore ma ha come effetto conseguente ed immediato l'estinzione anticipata del giudizio, con conseguente impossibilità di dar corso all'assegnazione del credito oggetto d'ingiunzione.

Un secondo elemento pare ostare alla condanna dell'aggiudicatario decaduto in ipotesi di chiusura anticipata: la natu-

ra dell'ingiunzione. La cauzione versata viene incamerata a titolo di multa, con chiara natura sanzionatoria; natura che è propria anche dell'ingiunzione all'aggiudicatario decaduto in relazione al dettato dell'[art. 587, II comma c.p.c.](#)

Ma la norma in questione contiene anche uno specifico obbligo di versare la differenza tra il realizzato e la somma offerta in sede d'aggiudicazione, dedotta la cauzione versata. L'estinzione anticipata del processo esecutivo non può tradursi nel depotenziare l'obbligo di cui all'[art. 587 comma II c.p.c.](#) e quindi nel pregiudicare il diritto del creditore ivi contemplato.

Diritto del creditore che se non potrà esser realizzato nella forma del procedimento di cui all'[art. 177 disp. att. c.p.c.](#), potrà esser tutelato per le vie ordinarie.

Fermo restando la diversità strutturale tra la vendita coattiva e negoziale è innegabile che l'aggiudicatario si ponga rispetto alla *res* staggita come un «compratore» ed è pacifico che non versando il prezzo si renda inadempiente all'obbligo derivante dall'aggiudicazione.

Realizzato che in ipotesi di chiusura anticipata per economicità non potrà che esser pari a zero. Da questa prospettiva non pare pienamente condivisibile la pronuncia in questione: è innegabile che il creditore non prenderà nulla proprio per effetto dell'estinzione anticipata.

Estinzione che non precluderà al creditore di agire nei confronti dell'aggiudicatario decaduto per l'attuazione in via ordinaria del diritto spettante ai sensi dell'[art. 587, comma II, c.p.c.](#)

Quanto al risarcimento lo stesso dovrà esser pari per lo meno a quanto effettivamente sostenuto dal creditore procedente per l'esecuzione infruttuosa. Ma non si può escludere che lo stesso sia chiamato a corrispondere la differenza tra il realizzato - pari a zero - e la somma offerta dedotta la cauzione. Poiché in definitiva il creditore subisce un pregiudizio che non si risolve nel costo dell'esecuzione in sé ma anche nell'impossibilità di soddisfazione, quand'anche parziale, del proprio credito.

Non vi dovrebbero esser particolari problemi, in punto legittimazione, nell'ipotesi in cui vi sia un unico creditore procedente. Maggiori difficoltà potranno riscontrarsi, per lo meno dal punto di vista della legittimazione attiva, nell'ipotesi in cui vi siano dei creditori intervenuti.

[12] Così Tribunale di Pavia, 7 luglio 2016 in Redazione Giuffrè, 2016.

[13] Tribunale di Pavia, 7 luglio 2016, cit.

[14] In questi termini Tribunale di Trapani, 23 ottobre 2015 in [ilprocessocivile.it](#), 2016, 17 agosto.

ORDINANZA EX ART. 186 BIS C.P.C.: ALCUNE RIFLESSIONI

Spunti di riflessione sull'ordinanza anticipatoria di condanna al pagamento delle somme non contestate ex art. 186 bis c.p.c.

di Beatrice Irene Tonelli

DEL 13 MAGGIO 2020

Sommario

1. L'ordinanza anticipatoria di condanna per somme non contestate
2. L'efficacia dell'ordinanza ex art. 186 bis c.p.c. e i rimedi esperibili avverso tale provvedimento
3. Conclusioni

1. L'ordinanza anticipatoria di condanna per somme non contestate

Introdotta dalla riforma del 1990, sulla falsariga dell'istituto già previsto nell'[articolo 423 comma 1 c.p.c.](#) per il processo del lavoro ([L. 11 agosto 1973 n. 533](#)), l'ordinanza di pagamento di somme non contestate ex [art. 186 bis c.p.c.](#) ha trovato scarsa applicazione^[1]. Al contrario, la dottrina aveva manifestato un certo interesse riguardo a tale istituto all'indomani della entrata in vigore della novella^[2].

Il disposto dell'[art. 186 bis c.p.c.](#) stabilisce che nei giudizi di cognizione ordinaria di competenza del Tribunale, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il giudice istruttore, ovvero il giudice unico nei procedimenti monocratici che sono, ad oggi, la netta maggioranza, può disporre, su istanza di parte, il pagamento delle somme non contestate. Non vi sono ostacoli a ritenere che tale disposizione sia applicabile anche al rito di cognizione sommario disciplinato dall'[art. 702 bis e ss. c.p.c.](#) introdotto dalla novella del

2009^[3], ed infatti la natura sommaria della istruzione è certamente compatibile con il presupposto di non contestazione della pretesa creditoria avversaria.

Con la novella del 2005^[4], è stato precisato che ove l'istanza sia proposta fuori dall'udienza, il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.

È quindi un provvedimento che può essere emanato solo su richiesta di parte, in ossequio al principio della domanda, e solo in processi in cui la parte debitrice sia ritualmente costituita, non invocabile quindi in caso di giudizi contumaciali. Tale scelta legislativa ha suscitato alcune perplessità tra i commentatori, poiché limita notevolmente la portata applicativa della disposizione e la priva di quella che avrebbe potuto essere la sua maggiore utilità, ovvero di consentire all'attore che debba azionare una pretesa di pagamento complessa, non supportata da prova documentale idonea alla emissione di un decreto monitorio, di ottenere una condan-

[1] In verità, anche l'applicazione dell'[articolo 423 comma 1 c.p.c.](#) aveva prodotto una casistica poco rilevante sul piano quantitativo, Cfr Sassani B. e Tiscini R. *Provvedimenti anticipatori* in *Diritto Processuale Civile*, agg. V, 2001.

[2] CARRATTA, *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXII, 1990, aggiornamento, 1995, 4; CECCHHELLA, in VACCARELLA, CAPPONI e CECCHHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 122; SASSANI, in CONSOLO, LUISO e SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 172; TAVORMINA, *Commento agli artt. 163-295 (artt. 7-35, l. n. 353 del 26 novembre 1990)*, in *Il corriere giuridico*, 1991, 50; BUCCI, CRESCENZI e MALPICA, *Manuale pratico della riforma del processo civile*, Padova, 1991, 165; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile*, Milano, 1996, 191; ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, Padova, 1991, 92; CARRATTA, *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 150.

[3] [L. 18.06.2009 n. 69](#), applicabile ai procedimenti instaurati dopo il 04 luglio 2009.

[4] [L. 28.12.2005 n. 263](#), applicabile ai procedimenti instaurati dopo il 01 marzo 2006.

na anticipata nei confronti della controparte remissiva, almeno per la somma di cui possa fornire principio di prova, senza dover attendere lo svolgimento dell'intero giudizio ordinario di cognizione.

Quanto all'oggetto della richiesta, è espressamente limitato alla condanna di pagamento di somme liquide di cui la parte istante si affermi creditrice[5].

La finalità dell'istituto è, chiaramente, quella di consentire al creditore di ottenere, in corso di causa, un titolo esecutivo con effetto anticipatorio rispetto alla statuizione nel merito che verrà resa con la sentenza.

Coerentemente con tale scopo, la disposizione stabilisce che l'istanza di parte possa essere formulata fino al momento della precisazione delle conclusioni, poiché l'effetto anticipatorio rispetto alla decisione finale sarebbe altrimenti pressoché nullo, dato che la sentenza si pronuncerà su tutte le domande oggetto del giudizio, e quindi anche sulla pretesa di pagamento delle somme non contestate.

Non è invece precisato il momento iniziale in cui la parte può richiedere l'emissione del provvedimento, ma dato che deve essersi correttamente instaurato il contraddittorio, tale momento dovrà essere necessariamente successivo alla costituzione in giudizio del convenuto o del terzo chiamato. Si possono astrattamente configurare tre ipotesi: la prima, in cui sia l'attore che, edotto della difesa del convenuto, ravvisi la non contestazione della debenza del pagamento di una determinata somma, e la seconda, in cui sia il convenuto in via riconvenzionale a chiedere l'emissione dell'ordine di pagamento nei confronti dell'attore. In entrambi i casi, la sede naturale per la presentazione dell'istanza e per la relativa discussione è quindi l'udienza di comparizione e trattazione ex [art. 183 c.p.c.](#)[6] o ex [art. 702 ter c.p.c.](#)

È tuttavia possibile che il contraddittorio processuale venga esteso a terzi chiamati in causa e, in tale terza ipotesi, il primo momento utile in cui la parte interessata, edotta delle difese avversarie, potrà formulare l'istanza, sarà la prima udienza di comparizione del terzo chiamato.

Si è discusso se l'istanza sia proponibile durante il periodo di interruzione o sospensione del processo, poiché l'[art. 48 comma 2 c.p.c.](#) stabilisce che nelle fasi di quiescenza del

processo il giudice può compiere solo atti urgenti, che sembrerebbe richiamare il presupposti della tutela cautelare, alla quale è estraneo il provvedimento in esame[7].

Il punto più problematico in merito ai presupposti dell'istanza in esame è quale comportamento processuale della parte costituita integri la non contestazione.

Non si pone alcuna questione se la parte ammette esplicitamente di essere debitrice della somma in questione, ma anche una ammissione implicita integra la fattispecie, come nel caso in cui la parte debitrice non svolga alcuna difesa rispetto ai fatti dedotti dalla controparte.

A questo riguardo, si deve rammentare che, ai sensi dell'[art. 167 c.p.c.](#), nella comparsa di costituzione il convenuto deve proporre tutte le sue difese "*prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda*", disposizione richiamata anche per la costituzione del terzo interveniente o chiamato in causa e che si trova formulata in termini analoghi nella disciplina della costituzione del convenuto nel giudizio di cognizione sommaria ex [art. 702 bis comma 4 c.p.c.](#). Più spinoso stabilire se sia sufficiente ad escludere la concedibilità del provvedimento una contestazione meramente formale, con richiamo a formule generiche e di stile, o se sia invece necessaria una contestazione specifica dei fatti costitutivi posti a fondamento della pretesa attrice, ma pare certamente preferibile questa seconda soluzione, anche in forza del vigente disposto dell'[art. 115 comma 1 c.p.c.](#) in base al quale il giudice può porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita[8].

Di certo va esclusa la possibilità di adottare il provvedimento in esame in caso di domanda riconvenzionale della parte debitrice, o di eccezione di compensazione anche parziale, poiché in tal modo viene eccepito il fatto impeditivo o estintivo della pretesa avversaria. L'oggetto della contestazione dovranno essere i fatti costitutivi della pretesa avversaria, e quindi, a titolo di esempio, che il credito non è esigibile, che si è estinto, che è di importo diverso da quello indicato dalla controparte, che l'altra parte non è titolare, che vi è controcredito compensato o compensabile e così via.

Si ha contestazione ove siano sollevate eccezioni di merito, ma anche eccezioni di rito, o eccezioni sulla ricostruzio-

[5] Del resto, elementi comuni tra l'[art. 423 comma 1](#) e l'[art. 186 bis c.p.c.](#) sono i presupposti, ovvero l'istanza di parte e la non contestazione del debito, il contenuto, limitato alla condanna al pagamento di somme di danaro e la natura di titolo esecutivo del provvedimento.

[6] Il fatto che l'[art. 183 c.p.c.](#) non citi espressamente le ordinanze ex [art. 186 bis c.p.c.](#) tra i provvedimenti che il giudice può adottare in sede di udienza di comparizione non pare di ostacolo, potendo attribuirsi tale lacuna ad un difetto di coordinamento tra le disposizioni, e potendo comunque essere interpretata l'assenza di un limite temporale iniziale come implicito riferimento alla prima udienza di comparizione dinanzi al giudice.

[7] TARZIA, *Lineamenti*, cit., 129; CECHELLA, *Il processo civile*, cit., 122; ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., 93; CARRATTA, *op. ult. cit.*, 5.

[8] Cfr. Tribunale di Mantova, ordinanza 22 settembre 2011 est. Bernardi, edito su www.ilcaso.it

ne in diritto di fatti non controversi nel loro accadimento storico, poiché in tutti questi casi la difesa della parte debitrice nega l'obbligo di dover pagare la somma richiesta dal creditore[9].

In caso di processo multiparte, si ritiene che anche la contestazione sollevata solo da alcuni dei litisconsorti sia idonea a escludere la concedibilità del provvedimento nei confronti degli altri[10].

È chiaro che, se la non contestazione fosse totale, il giudice dovrebbe ritenere la causa matura per la decisione e trattenerla a sentenza, mentre se la contestazione è limitata ad una parte del maggior importo preteso dal creditore, o è limitata ad uno tra più titoli per i quali la parte agisce, è ben possibile che la somma non contestata possa essere oggetto dell'ordinanza di pagamento.

L'ordinanza in esame, infatti, costituisce titolo esecutivo ed è quindi idonea all'instaurazione del procedimento esecutivo di espropriazione forzata; non costituisce, tuttavia, titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, poiché non vi è espressa previsione in tale senso, come invece richiesto dall'[art. 2818 comma 2 c.c.](#) per i provvedimenti giudiziali di condanna al pagamento di somma di danaro che non abbiano la forma della sentenza[11].

Per poter essere azionata in via esecutiva, all'ordinanza in questione deve essere apposta la formula esecutiva ai sensi dell'[art. 475 c.p.c.](#)

Nel decidere sull'istanza di parte, il giudice non deve limitarsi a valutare la sussistenza della non contestazione dei fatti dedotti dal creditore a fondamento della debenza della somma richiesta, ma è tenuto a verificare se, secondo il diritto, tali fatti sono idonei a produrre gli effetti richiesti dalla parte, in particolare verificando l'inesistenza di eccezioni rilevabili d'ufficio, di rito o di merito, ostative all'accoglimento della domanda. Al tempo stesso, la contestazione è sufficiente ad impedire l'adozione del provvedimento, indipendentemente dalla fondatezza nel merito della eccezione del debitore.

2. L'efficacia dell'ordinanza ex art. 186 bis c.p.c. e i rimedi esperibili avverso tale provvedimento

Come si è detto, l'ordinanza di condanna al pagamento di somma non contestata ha certamente effetto anticipatorio della statuizione di merito che dovrebbe avere la sua sede naturale nel contenuto decisorio della sentenza.

Si è posto quindi il problema di valutare se a tale natura anticipatoria non si affiancasse anche una natura cautelare.

La risposta, sostanzialmente unanime di dottrina e giurisprudenza, è stata negativa[12].

Il provvedimento cautelare infatti presuppone l'esistenza del *periculum in mora* e si connota per la strumentalità, pur attenuata dopo l'introduzione della novella del 2005, rispetto al soddisfacimento dell'interesse o del diritto oggetto del giudizio di merito. La natura della ordinanza di pagamento delle somme non contestate non è provvisoria e strumentale, ma definisce direttamente una parte del merito, anticipando l'effetto esecutivo della statuizione.

Di conseguenza, non avendo natura cautelare, è sottratta al rito cautelare uniforme e in particolare è sottratta al rimedio impugnatorio del reclamo al collegio ai sensi dell'[art. 669 terdecies c.p.c.](#)

Al tempo stesso, il provvedimento anticipatorio di condanna è privo di decisorietà in quanto revocabile e modificabile sia in corso di causa, da parte dello stesso giudice che lo ha emesso, sia in sentenza, da parte del giudice che decide la causa.

È stato recentemente confermato il principio di diritto per cui l'ordinanza di condanna al pagamento di somme non contestate è provvedimento endoprocessuale privo di decisorietà in quanto modificabile e revocabile sia in corso di causa sia nella sentenza che definisce il giudizio[13], di conseguenza, si esclude la ricorribilità per cassazione ai sensi dell'[art. 111 Cost](#)[14].

A differenza dell'ordinanza presidenziale in sede di separazione, per la quale è previsto lo speciale mezzo di impugna-

[9] CARRATTA, *op. cit.*

[10] SASSANI, *op. ult. cit.*, 174; CIVININI, *Le condanne anticipate*, in *Foro it.*, 1995, I, 346.

[11] Tale scelta legislativa è discutibile, poiché non si ravvisa la *ratio* della diversa disciplina riservata a questo provvedimento rispetto all'omologa ordinanza di pagamento ex [art. 186 ter c.p.c.](#) per la quale l'idoneità alla iscrizione di ipoteca giudiziale è espressamente contemplata, né si può assimilare alle ordinanze presidenziali in sede di separazione o divorzio ([art. 708 comma 3 c.p.c.](#) e [art. 4 comma L. divorzio](#)) che pure costituiscono titolo esecutivo ma non sono idonee all'iscrizione di ipoteca giudiziale per la ritenuta instabilità del provvedimento sia in quanto suscettibile di reclamo, sia in quanto sempre modificabile o revocabile dal giudice istruttore nel corso del processo e tipicamente adottato allo stato degli atti (cfr. C. Cost. ord., [24 giugno 2002, n. 272](#), in *G. cost.* 2002, p. 1980 ss.).

[12] Ha negato natura cautelare all'ordinanza in esame anche l'autorevole arresto delle Cass., Sez. Un., [14 novembre 2003, n. 17301](#).

[13] Corte di Cass. Sez. VI-III, ord. [5 settembre 2017 n. 20789](#).

[14] Sulla inammissibilità del reclamo ex [art. 669-terdecies c.p.c.](#) cfr. Trib. Milano 28 febbraio 1994, in *Gius.*, 1994, fasc. 10, 151; sulla inammissibilità del ricorso straordinario in cassazione ex [art. 111 cost.](#), ma in riferimento alle ordinanze anticipatorie di condanna di cui all'[art. 186 ter e quater c.p.c.](#), cfr. Cass. [17 luglio 1998, n. 6995](#), in *Gust. civ.*, 1999, I, 1479, con nota di LOMBARDI, *Sulla (non) esperibilità del ricorso in Cassazione straordinario avverso l'ordinanza d'ingiunzione*,

zione nella forma del reclamo alla Corte di Appello ex [art. 708](#) u.s. c.p.c., l'ordinanza anticipatoria di condanna per il pagamento di somme non contestate è provvedimento per il quale non è previsto alcun mezzo di impugnazione.

Poiché l'ultimo comma dell'[art. 186 bis c.p.c.](#) stabilisce che l'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli [177](#), [primo](#) e [secondo](#) comma c.p.c., e [178, primo comma c.p.c.](#), l'unico strumento a disposizione del debitore per riesaminare la correttezza della decisione è quello di chiedere al medesimo giudice che ha emesso il provvedimento, di revocarlo in corso di causa, o chiedere al giudice che decide la causa di respingere la domanda avversaria, ma subendo, *medio tempore*, l'eventuale esecuzione azionata dalla parte creditrice in forza dell'ordinanza stessa o dovendo adempiere *per compulsum*.

I motivi a fondamento della richiesta di revoca o modifica dell'ordinanza possono essere sia la contestazione della esistenza delle condizioni di concedibilità dell'ordinanza, sia circostanze sopravvenute, quali modifiche autorizzate del *thema decidendum* o eccezioni nuove rilevabili d'ufficio, sia nuove risultanze istruttorie.

L'effetto della modifica o della revoca dell'ordinanza in esame è la perdita della sua efficacia esecutiva, con la conseguenza che l'eventuale esecuzione forzata che sia stata azionata su tale titolo diviene illegittima *ex tunc* per la sopravvenuta caducazione del titolo stesso[15].

In caso di estinzione del processo, il provvedimento in esame conserva la sua efficacia. Sul punto, si è discusso se la disposizione dovesse interpretarsi come mera permanenza della efficacia di titolo esecutivo senza alcuna stabilizzazione sul piano sostanziale, o se dovesse riconoscersi anche una efficacia di giudicato. Le due alternative portano a conseguenze significativamente diverse sul piano della tutela del debitore, poiché nel primo caso, egli potrebbe contestare il contenuto di accertamento anche in fase di opposizione all'esecuzione o di ripetizione di indebito, mentre nel secondo caso subirebbe l'effetto della immodificabilità dell'accertamento dell'esistenza del debito per l'importo stabilito nell'ordinanza, senza alcuna residua possibilità di impugnazione o contestazione, e considerando che già in corso di giudizio di meri-

to il provvedimento non è di per sé impugnabile, ma lo è solo la sentenza conclusiva che lo confermi, optare per la seconda ipotesi impone al debitore di un particolare onere di diligenza nell'impedire l'estinzione del processo.

Parte della dottrina aveva ritenuto di assimilare l'efficacia dell'ordinanza ex [art. 186 bis c.p.c.](#) a seguito di estinzione del giudizio alla stabilità del decreto ingiuntivo in caso di estinzione del giudizio di opposizione. Ai sensi dell'[art. 653 comma 1 c.p.c.](#), infatti, in tale ipotesi il provvedimento monitorio che non ne fosse già munito, acquista efficacia esecutiva e matura un effetto comunque preclusivo idoneo a rendere definitivo tra le parti l'accertamento del credito[16].

In questo senso, la Suprema Corte si è espressa ritenendo che l'ordinanza di pagamento di somma non contestata, e non adempiuta, sia idonea a dare prova dello stato di insolvenza del debitore e fondare la istanza di fallimento nei confronti del debitore inadempiente, proprio in forza della sua efficacia preclusiva analoga a quella del decreto ingiuntivo non opposto, o opposto in caso di estinzione del relativo giudizio[17].

Su questo punto, una recente decisione del Consiglio di Stato[18] si è invece espressa in senso contrario, ritenendo che in caso di estinzione del giudizio la stabilità dell'ordinanza di pagamento di somma non contestata sia limitata all'efficacia esecutiva e non comporti alcun accertamento preclusivo, potendo quindi oggetto di cognizione in nuovo giudizio esperibile tra le stesse parti.

Il caso in questione nasceva dall'introduzione di un giudizio di ottemperanza nei confronti della ASL, introdotto dalla società ricorrente dinanzi al TAR Campania per l'esecuzione dell'ordinanza ex [art. 186 bis c.p.c.](#) emessa dal Tribunale Civile di Santa Maria Capua Vetere.

Il Tar dichiarava inammissibile l'azione affermando che l'ordinanza in questione non è equiparabile al giudicato, e quindi insuscettibile di fondare il presupposto per il giudizio d'ottemperanza. La società insisteva in appello evidenziando come il giudizio civile si fosse estinto a seguito di mancata riassunzione dopo la sua cancellazione sicché, ai sensi dell'[art. 186 bis comma 2](#), l'ordinanza avrebbe conservato la sua efficacia esecutiva e sarebbe stata equiparabile al giu-

e Cass. [16 dicembre 1998 n. 12609](#), *ivi*, 2073, con nota di ID., *Sull'ordinanza post-istruttoria e sulla sottoponibilità di essa al rimedio impugnatorio di cui all'art. 111 della Costituzione*. OLIVIERI, *Verso la riforma del processo civile*, in *Documenti giustizia*, 1989, 43

[15] Cfr. Cass. [20798-2017](#) citata a nota 13.

[16] SASSANI, *op. ult. cit.*, 177; LUISO, *op. ult. cit.*, 69; CARRATTA, *Ordinanze anticipatorie*, cit., 9; DIDONE, *Appunti sulla tutela sommaria di cui all'art. 186-bis c.p.c.*, in *Documenti giustizia*, 1993, II, 2196; CIVININI, *op. cit.*, 339.

[17] Cass. Civ., sez. I, sent. [15 gennaio 2015 n. 576](#)

[18] Consiglio di Stato, sez. III, sent. [13.03.2019 n. 1677](#).

dicato. Il Collegio ha ritenuto l'appello infondato, e ritenuto che la conservazione dell'efficacia dell'ordinanza di cui all'[art. 186 bis comma 2 c.p.c.](#), nell'ipotesi di estinzione del processo, attenga alla efficacia quale titolo esecutivo, e non quale giudicato, mancando il presupposto dell'accertamento definitivo dei rispettivi rapporti di dare e avere. Secondo il Consiglio di Stato, l'ordinanza ex [art. 186 bis cpc](#) è un provvedimento anticipatorio che attiene alla stessa obbligazione di base, e benché dotato di stabilità nei suoi effetti esecutivi, non è equiparabile ad un accertamento definitivo in quanto l'estinzione del processo non estingue l'azione, ex [art. 310 c.p.c.](#) e quindi può instaurarsi tra le parti un nuovo procedimento di merito che conduca alla revoca dell'ordinanza ai sensi dell'[art. 177 c.p.c.](#)

3. Conclusioni

Da quanto sopra esposto emergono le intrinseche contraddizioni della disciplina di questo istituto. Da un lato, l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate non è concedibile in caso di debitore contumace, e quindi trova scarsissima applicazione poiché se la parte obbligata sceglie di costituirsi in giudizio ha, evidentemente, come scopo appunto quello di sollevare eccezioni alla pretesa avversaria e pertanto solo in rarissime ipotesi potrà maturarsi il presupposto della non contestazione. E dove effettivamente non vi sia contestazione in merito ad una determinata somma, è ragionevole ritenere che le parti ne facciano oggetto di negoziazione assistita, di mediazione civile e commerciale, o di altro strumento di risoluzione alternativa delle controversie prima di instaurare il giudizio, o al più in trattative coltivate in pendenza della lite.

Dall'altro, ove venga comunque concessa, il debitore che subisce il provvedimento anticipatorio di condanna è privo di qualsiasi mezzo di impugnazione, e si trova esposto all'azione esecutiva avversaria. Si noti, peraltro, che non vi è limite di valore all'ammontare della somma che può essere ogget-

to dell'ordine di pagamento. L'assenza di rimedio impugnatorio avverso l'ordinanza ex [art. 186 bis c.p.c.](#) non si giustifica neppure in considerazione della natura del provvedimento, in quanto la mancata contestazione del credito, o delle somme pretese dal creditore, non è manifestazione di acquiescenza da parte del debitore, ovvero di *riconoscimento tacito del credito*, sicché l'ordinanza in questione non ha ad oggetto l'accertamento di una (parziale) cessazione della materia del contendere^[19].

Al tempo stesso, il provvedimento anticipatorio di condanna non è vincolante in ordine alla debenza delle somme delle quali viene ordinato il pagamento, poiché è modificabile e revocabile in corso di causa e dovrà essere confermato (o modificato o revocato) dalla sentenza che definisce il giudizio determina l'ammontare del debito. Di conseguenza, può darsi luogo ad una domanda di ripetizione da parte del debitore ex [art. 2033 c.c.](#), che verrà formulata in corso di causa in caso di modifica o revoca dell'ordinanza in pendenza di giudizio, o dovrà essere formulata in separato giudizio ove la domanda di ripetizione discenda dal contenuto decisorio della sentenza^[20].

E tuttavia, dopo aver pagato *per compulsum*, ed aver dovuto attendere l'esito del giudizio per vedere respinta la domanda avversaria, il debitore che abbia diritto alla ripetizione dell'esborso potrebbe incontrare un ostacolo insormontabile al soddisfacimento della sua pretesa ove l'*accipiens* sia divenuto nelle more insolubile.

In conclusione, detto istituto appare inidoneo a soddisfare l'interesse del creditore ad ottenere, in tempi rapidi un provvedimento di condanna esecutivo stabile o un titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale (o suscettibile di ottemperanza, ove il debitore sia una pubblica amministrazione), dall'altro pregiudica il diritto di difesa del debitore per la assenza di uno specifico mezzo di impugnazione, condizionando quindi la possibilità di gravame alla successiva pronuncia della sentenza conclusiva.

[19] Luiso F.P. *Diritto Processuale civile*, IX ed. Giuffrè vol II p. 69

[20] Cass. [25 maggio 2005, n. 11023](#)

OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE E CADUCAZIONE DEL TITOLO ESECUTIVO

Le conseguenze della caducazione del titolo esecutivo (giudiziale) nel giudizio di opposizione all'esecuzione (Note a prima lettura dell'ordinanza interlocutoria Cass., III Sez. civ., 6 marzo 2020, n. 6422)

di Alessia D'Addazio

DEL 15 MAGGIO 2020

Sommario

1. Lo svolgimento del giudizio di merito tra processo dichiarativo e processo esecutivo
2. La prima questione esaminata dalla Terza Sezione
3. La seconda questione sollevata dalla Terza Sezione
4. L'ordinanza interlocutoria tra Progetto Esecuzioni e intervento nomofilattico

1. Lo svolgimento del giudizio di merito tra processo dichiarativo e processo esecutivo

Con l'ordinanza interlocutoria [6 marzo 2020, n. 6422](#), la III Sezione Civile della Corte di Cassazione, tabellarmen- te competente in materia di esecuzioni, ha rimesso gli atti al Primo Presidente onde valutare l'opportunità di rimettere alle Sezioni Unite due questioni, in quanto l'una soggetta a contrasto giurisprudenziale e l'altra qualificabile come questione di massima di particolare importanza, attinenti alle ricadute che il venir meno del titolo esecutivo giudiziale provvisorio, «*a caducità intrinseca e necessariamente instabile*», comporta nelle vicende processuali collegate e scaturite dalla instaurazione della procedura esecutiva.

Per cogliere la genesi e la portata delle questioni giunte all'esame della Suprema Corte, occorre ripercorrere brevemente le vicende relative alle fasi di merito ed esecutiva che hanno interessato la controversia oggetto di esame, vertente in materia di sfratto per morosità. I ricorrenti, nel lontano 1984, ricorrevano dinanzi al Tribunale di Lucca per ottenere lo sfratto per morosità del conduttore e ne ottenevano la convalida per mancata comparizione dell'intimato; questi poi proponeva opposizione tardiva, giudicata ammissibile ma rigettata nel merito. Sulla base della decisione di rigetto, gli originari ricorrenti intraprendevano l'esecuzione nei confronti del conduttore, il quale, a sua volta, impugnava la decisione di rigetto della sua opposizione

allo sfratto e si opponeva all'esecuzione che era stata *medio tempore* intrapresa. L'opposizione all'esecuzione veniva rigettata nel 2009 dal Tribunale di Lucca, mentre nel 2011 la Corte d'Appello di Firenze accoglieva l'impugnazione proposta nel giudizio di merito, dichiarando la nullità dell'ordinanza di convalida di sfratto emessa dal Tribunale di Lucca. Il conduttore esecutato, che aveva proposto appello avverso la sentenza di rigetto emessa nel giudizio di opposizione all'esecuzione, faceva quindi valere in questo giudizio la sopravvenuta caducazione del titolo (per opera dell'intervento riformatore della medesima Corte d'Appello) ma la sua impugnazione veniva rigettata, atteso che il giudice dell'impugnazione qualificava il fatto estintivo successivo come irrilevante «*potendo riconoscersi rilevanza, in un giudizio di opposizione all'esecuzione, solo ai fatti sopravvenuti idonei a determinare l'inesistenza del titolo esecutivo*» e si riteneva incompetente rispetto alla domanda di risarcimento dei danni proposta dall'appellante sia ai sensi dell'[art. 96 c.p.c.](#), sia come domanda di condanna generica al risarcimento del danno, ritenendo che la competenza spettasse al giudice cui era demandato l'accertamento circa l'inesistenza del diritto per il quale si era proceduto con l'esecuzione forzata (che, a ben vedere, era la medesima Corte d'Appello di Firenze). Avverso tale decisione viene proposto ricorso per cassazione articolato in due motivi, per ciascuno dei profili appena evidenziati.

2. La prima questione esaminata dalla Terza Sezione

La Corte, anticipando in maniera quasi implicita la valutazione in merito all'infondatezza del motivo di ricorso incidentale prospettato dai controricorrenti (vittoriosi nel merito), avente carattere pregiudiziale in quanto relativo alla tardività dell'appello proposto dal ricorrente, scandisce l'analisi delle due questioni con estrema chiarezza e sintesi.

Quanto alla prima questione relativa al riflesso della caducazione del titolo esecutivo rispetto all'esito del giudizio di opposizione all'esecuzione pendente e della relativa regolazione delle spese, la Terza Sezione ribadisce l'insegnamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità secondo cui nel giudizio di opposizione all'esecuzione l'accertamento dell'idoneità del titolo a legittimare l'azione esecutiva si pone come preliminare dal punto di vista logico per l'esame del merito, anche se i motivi di opposizione non riguardano direttamente tale questione^[1].

Se tale accertamento attenga ad una questione (in ogni caso rilevabile d'ufficio) preliminare in senso tecnico, in quanto nel giudizio di esecuzione il merito può essere costituito dalla insussistenza del diritto sostanziale riconosciuto nel titolo esecutivo (oltre che dall'inefficacia originaria o sopravvenuta del titolo o dalla impignorabilità dei beni) o, piuttosto, costituisca una questione pregiudiziale (di rito), in quanto relativa ad un presupposto processuale necessario per l'instaurazione e la conduzione del processo esecutivo, *i.e.* la sussistenza di un valido titolo esecutivo per l'intera durata della procedura, è dubbio di natura meramente tecnica, atteso che esso non determina, a parere di chi scrive, conseguenze dirette sull'esito del rilievo della questione da parte del giudice. E ciò in quanto, laddove la questione fosse configura-

ta come pregiudiziale di rito (poiché relativa alla sussistenza del presupposto processuale necessario per l'instaurazione e la conduzione della procedura esecutiva) esso verrebbe giustamente valutato seguendo l'ordine rito-merito scandito dall'[art. 276 c.p.c.](#); laddove, invece, la questione venisse configurata come preliminare di merito poiché nel giudizio di opposizione il merito del giudizio corrisponde ad una delle ipotesi sopra menzionate, essa potrebbe anche rispondere al criterio della ragione più liquida rispetto ai motivi di opposizione formulati in quella sede^[2]. Il tema, peraltro, rimane fuori dalle osservazioni formulate dall'ordinanza interlocutoria, la quale, invece, sottolinea come dall'uniforme enunciazione del principio sopra richiamato siano discese difformi interpretazioni con riferimento alle conseguenze del rilievo nel giudizio di opposizione dell'intervenuta caducazione del titolo esecutivo in merito alla liquidazione delle spese.

Menzionando l'attività del Progetto Esecuzioni inaugurata dal 2018, la Terza Sezione richiama la soluzione cui essa stessa è approdata con riferimento al tema in analisi, ossia l'enunciazione del principio secondo cui la sopravvenuta caducazione del titolo durante lo svolgimento del giudizio di opposizione non determina *ex se* la fondatezza dell'opposizione con conseguente automatico suo accoglimento, ma configura una ipotesi di cessazione della materia del contendere per sopravvenuto difetto di interesse (ad agire), sicché il giudice, nel regolare le spese dell'intero giudizio di opposizione, non potrà porle automaticamente a favore dell'opponente, dovendo piuttosto seguire il criterio della soccombenza virtuale e valutare, secondo il principio di causalità, l'intera vicenda processuale^[3] ed in particolare i motivi di opposizione effettivamente formulati.

[1] *Ex multis* v. Cass. civ., Sez. III, [19 maggio 2011, n. 11021](#); Cass. civ., Sez. Lavoro, [28 luglio 2011, n. 16610](#); Cass. civ., Sez. III, [13 marzo 2012, n. 3977](#); Cass. civ., Sez. III, 26 agosto 2014, n. 18251, tutte richiamate nell'ordinanza interlocutoria; in termini anche Cass. civ., Sez. VI, [3 febbraio 2015, n. 1925](#); Cass. civ., Sez. Lavoro, [29 novembre 2004, n. 22430](#).

[2] Sul punto, con preferenza per la seconda ricostruzione, v. M. Barafani, la quale sostiene che «*l'esistenza del titolo, unitamente alla domanda, è una condizione dell'azione esecutiva e, dunque, un presupposto processuale all'interno del processo esecutivo. L'opposizione, invece, è un giudizio esterno, ancorché strumentale, all'esecuzione e quindi, rispetto ad essa, il titolo non ha una simile valenza. Essa è tradizionalmente configurata come un giudizio di merito, di conseguenza, è comprensibile che la giurisprudenza parli di preliminarità, anche se la censura riguarda la sussistenza del titolo, in quanto tale situazione, pur essendo di natura processuale, rappresenta il merito del processo (...)* l'esistenza del titolo esecutivo si atteggia in tale contesto come una questione di merito che costituisce una ragione più liquida per addivenire alla decisione rispetto agli altri motivi di opposizione», *La caducazione del titolo esecutivo in sede di opposizione all'esecuzione*, nota a Cass. civ., Sez. II, [9 agosto 2019, n. 21240](#), in *Giur. It.*, 2020, 331. L'A. precisa altresì che l'espressione "questione preliminare in senso logico" che si è diffusa nei principi di diritto replicati nella giurisprudenza non deve confondere suggerendo la rischiosa idea che la sussistenza del titolo esecutivo costituisca un antecedente logico necessario rispetto agli altri motivi di opposizione idoneo a configurare una relazione di pregiudizialità-dipendenza in senso logico, e ciò in quanto è impensabile predicare la sussistenza di un tale rapporto tra titolo esecutivo e diritto sostanziale in esso incorporato.

[3] Cass. civ., Sez. III, [29 novembre 2018, n. 30857](#); Cass. civ., Sez. III, [11 dicembre 2018, n. 31955](#); così già Cass. civ., Sez. III, [9 marzo 2017, n. 6016](#) ma con riferimento al caso dell'opposizione di terzo *ex art. 619 c.p.c.* e Cass. civ., Sez. III, [14 luglio 2015, n. 14653](#), con riferimento al caso di opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*, richiamata nell'ordinanza con riguardo al secondo profilo esaminato; da ultimo Cass. civ., Sez. VI - 3, [17 gennaio 2020, n. 1005](#). Nella giurisprudenza di merito v. Tribunale Milano, Sez. III, 23 aprile 2019, n. 4045.

La soluzione discende da un plurimo ordine di ragioni: innanzitutto, il rispetto del generale principio della domanda, che nelle opposizioni esecutive è rafforzato dall'individuazione della tipologia dei motivi legittimanti la proposizione di ciascuna forma di opposizione con conseguente delimitazione dell'oggetto del giudizio di opposizione all'esame dei motivi concretamente proposti. Si consideri poi che anche in queste tipologie di giudizio l'onere delle spese è sorretto dal principio di causalità rispetto alla domanda svolta, di talché il rilievo d'ufficio della caducazione sopravvenuta del titolo costituisce una circostanza esterna ai motivi dedotti, che nelle opposizioni esecutive sono vincolanti. Per tale ragione, quindi, determinando la caducazione del titolo il venir meno dell'interesse a coltivare l'opposizione, si configura una ipotesi di cessazione della correlativa materia del contendere e non di accoglimento del merito. Ratificate queste premesse, basterà applicare il principio generale della soccombenza virtuale, che attiene alle ipotesi di cessazione della materia del contendere, costituendo declinazione di quello di causalità; diversamente opinando, la liquidazione delle spese della lite sarebbe assoggettata al principio della casualità, determinata dalla tempistica della caducazione del titolo e si tradurrebbe nell'incentivazione dell'utilizzo strumentale dell'opposizione anche ove non necessario[4].

In effetti la posizione cui la Terza Sezione è giunta si è posta in controtendenza rispetto ai precedenti registrati sul punto, nei quali, invece, era stato affermato, sempre partendo dal comune assunto per cui l'accertamento dell'idoneità del titolo a legittimare l'azione esecutiva si pone come preliminare dal punto di vista logico per la decisione sui motivi di opposizione, una volta «dichiarata cessata la materia del contendere per effetto del preliminare rilievo dell'avvenuta caducazione del titolo esecutivo nelle more del giudizio di opposizione, per qualunque motivo sia stata proposta, l'opposizione deve ritenersi fondata, di talché il giudice dell'opposizione non può, in violazione del principio di soccombenza, condannare l'opponente al pagamento delle spese processuali, sulla base della disamina dei motivi proposti, risultando detti motivi assorbiti dal rilievo dell'avvenuta caducazione del titolo con conseguente illegittimità *ex tunc* dell'esecuzione[5]».

La stabilità della soluzione offerta dalla Terza Sezione nell'ambito del Progetto Esecuzioni è stata incrinata da una

recente sentenza della Seconda Sezione[6] che ha ripreso questo precedente orientamento (ed enunciato il medesimo principio di diritto) e sconfessato quanto affermato dalle successive pronunce.

Sarebbe quindi questa unica dissonante pronuncia ad aver generato il rilevato contrasto.

Sembra quindi che la rimessione alle Sezioni Unite per superare il delineato contrasto giurisprudenziale configuri più un tentativo di stigmatizzare quanto stabilito all'interno del Progetto Esecuzioni in presenza di un solo precedente difforme, che un rimedio contingente e necessario per risolvere la controversia giunta all'esame della Terza Sezione (che avrebbe potuto fornire al motivo di ricorso la soluzione ormai accolta in seno al Progetto Esecuzioni, soprattutto in ragione della tanto ostentata competenza tabellare in materia esecutiva esclusiva della medesima Sezione).

Per quanto concerne il merito della questione sollevata, a parere di chi scrive la soluzione accolta in seno al Progetto Esecuzioni è più rispettosa della *ratio* che governa l'istituto della condanna alle spese. È sulla base della soccombenza che il legislatore impone al giudice di regolare le spese del giudizio (lasciando da parte la questione oggetto di attuale dibattito relativa all'istituto della compensazione, rinvigorito dal recente intervento della Consulta).

Orbene, quando la parte, vittoriosa in giudizio, intraprende la procedura esecutiva sulla base del titolo esecutivo giudiziale provvisorio sì, ma avente comunque efficacia esecutiva, versa in una condizione di tutela da parte dell'ordinamento, che ha riconosciuto la pretesa e ne promuove la tutela ed attuazione, per mezzo del passaggio dalla fase dichiarativa a quella operativa e concreta, *i.e.* la fase esecutiva. In questo passaggio, la sussistenza di un titolo legittimante e valido configura una condizione di affidamento da parte del titolare del diritto (creditore procedente), per il fatto che la sua domanda di tutela ha trovato pieno accoglimento e riconoscimento di fronte all'ordinamento in conseguenza dell'intervento giurisdizionale, pur non potendosi prescindere dall'adozione della «normale prudenza». Si tratta, però, di una fase instabile e soggetta alla possibilità di un successivo mutamento di prospettiva con sconvolgimento del risultato raggiunto; questo piano diacronico, che costituisce la linea del tempo nel quale si svolge il processo di cognizione, è regolato dal codice di rito in maniera progressiva sia sotto il profilo dichiarati-

[4] Cass. civ., Sez. VI - 3, [17 gennaio 2020, n. 1005](#).

[5] Il primo precedente sul punto richiamato dalla III Sezione è Cass. civ. Sez. III, [7 gennaio 1970, n. 28](#). In termini Cass. civ., Sez. III, [13 marzo 2012, n. 3977](#); Cass. civ., Sez. VI-3, [6 settembre 2017, n. 20868](#) e da ultimo Cass. civ., Sez. II, [9 agosto 2019, n. 21240](#).

[6] La testé richiamata Cass. civ., Sez. II, [9 agosto 2019, n. 21240](#).

vo, sia sotto il profilo esecutivo. Quanto al primo, questa progressività si sostanzia nel riconoscimento dell'effetto sostitutivo della decisione resa in grado di appello, la quale, a prescindere dal segno, si sostituisce alla decisione di primo grado; quanto al profilo esecutivo, accanto all'effetto sostitutivo si apprezza l'espressa previsione della provvisoria esecutività delle sentenze (*rectius*, pronunce) rese in primo grado ([art. 282 c.p.c.](#)). Ne discende che, quando la decisione resa in primo grado viene ribaltata, si avranno effetti su entrambi i piani (dichiarativo ed esecutivo), con conseguente caducazione del titolo che ha fondato e legittimato l'instaurazione della procedura esecutiva. Il che, però, non può tradursi in una valutazione automatica di responsabilità e colpa del creditore che ha instaurato un processo esecutivo, in quanto quel creditore, al momento dell'avvio della fase esecutiva, disponeva di un valido titolo giudiziale che riconosceva l'esistenza del diritto vantato. Questo elementare assunto costituisce un consueto argomento che il giudice di legittimità deve utilizzare per ribadire che, ai fini del riconoscimento del risarcimento ex [art. 96, comma 2, c.p.c.](#) (su cui si dirà nel prossimo paragrafo), «all'accertamento della mancanza del diritto di procedere ad esecuzione forzata si aggiunge, a seguito dell'istanza di parte, l'accertamento, da parte dello stesso giudice, dell'avere il creditore procedente agito senza la normale prudenza». L'«affidamento» nella pronuncia giurisdizionale resa in sede dichiarativa, ancorché non passata in giudicato e soggetta a impugnazione ordinaria, non potrebbe costituire, automaticamente e senza valutazione specifica condotta caso per caso, la fonte della responsabilità sul piano esecutivo, consegnando al debitore la vittoria sulle spese nel procedimento di opposizione a prescindere dall'esame delle sue ragioni. Nel procedimento di opposizione all'esecuzione a dover essere valutate sono infatti imotivi di opposizione formulati dal debitore e non le ragioni vantate dal creditore, che costituiscono invece oggetto di cognizione nel processo principale in cui si è formato (o riformato) il titolo esecutivo. La sovrapposizione dei due piani alla stregua del risultato finale - caducazione del titolo esecutivo - appiattisce le norme che regolano i rapporti tra processo di cognizione, processo esecutivo e fase di merito dell'opposizione all'esecuzione, cagionando la perdita di effetti e risultati che il legislatore, invece, ha espressamente contemplato e promosso.

L'efficacia provvisoria del titolo esecutivo verrebbe infatti inevitabilmente umiliata o quanto meno degradata a “strumento” da azionare “a rischio e pericolo” del creditore senza la dovuta valorizzazione delle ragioni in gioco e della natura delle doglianze mosse dal debitore nell'opposizione all'esecuzione, imponendo al giudice di quest'ultima di duplicare una valutazione di soccombenza senza poterla invece adeguare al tessuto cognitivo a lui spettante. Il giudice dell'opposizione deve sì recepire l'esito del giudizio che ha ad oggetto la formazione, la sussistenza o la caducazione del titolo esecutivo giudiziale come fattore legittimante la procedura esecutiva, ma non può, né dovrebbe, scavalcare e omettere di valutare, in sede di liquidazione delle spese, la bontà delle ragioni mosse dall'opponente^[7]. Appare pleonastico osservare che il debitore esecutato, nell'ipotesi considerata, ha intrapreso un procedimento - l'opposizione all'esecuzione - oggettivamente diverso e estraneo a quello nel quale la caducazione si è verificata e che tale circostanza non è in alcun modo influenzabile e determinabile dalle difese svolte in sede di opposizione.

3. La seconda questione sollevata dalla Terza Sezione

Il secondo motivo di ricorso, che costituisce altresì l'ulteriore questione sollevata dalla Sezione rimettente, in quanto configurata di massima di particolare importanza, attiene alla sede nella quale deve essere proposta la domanda di risarcimento danni ex [art. 96, comma 2, c.p.c.](#) per aver agito esecutivamente senza la normale prudenza, quindi - più precisamente - a quale giudice spetti di conoscere tale domanda risarcitoria conseguente all'esercizio di azione esecutiva illegittima, se a quello del processo in cui si è formato il titolo esecutivo o al giudice dell'opposizione e se tale scelta sia influenzata dalla circostanza che l'azione esecutiva sia intrapresa sulla base di un titolo esecutivo giudiziale provvisorio. Nel caso di specie, il ricorrente aveva proposto in sede di opposizione all'esecuzione sia domanda di risarcimento generica, sia domanda di risarcimento per responsabilità aggravata ex [art. 96, comma 2, c.p.c.](#) (nulla è specificato in merito alla gradazione di tali domande, né rileva ai fini della rimessione alle Sezioni Unite). La Corte d'Appello di Firenze, adita in sede di opposizione all'esecuzione, aveva dichiarato inammissibile la domanda proposta, che avrebbe dovuto

[7] Conclude in maniera opposta M. Barafani: «*colui che aziona in via esecutiva un titolo provvisoriamente esecutivo, lo fa a proprio rischio e pericolo, siccome è naturale che il provvedimento giurisdizionale possa essere riformato, tanto che il suo comportamento potrebbe essere sanzionato ai sensi dell'art. 96, 2° comma, c.p.c. a titolo di responsabilità processuale aggravata. Pare sensato allora che egli debba sopportare il peso economico dell'eventuale soccombenza nel giudizio di opposizione*», cit., 333. A parere di chi scrive però questa visione non valorizza a sufficienza l'imprescindibile valutazione di colposità che l'[art. 96, comma 2, c.p.c.](#) richiede e stigmatizza nell'espressione «senza la normale prudenza».

to essere formulata davanti al giudice competente ad accertare l'inesistenza del diritto per il quale si è proceduto ad esecuzione forzata, «*competente per materia ex art. 96 secondo comma c.p.c.*». Il ricorrente, censurando la statuizione, insiste per la sussistenza di competenza funzionale in capo al giudice dell'esecuzione. Salvo il richiamo a due precedenti sul tema^[8], la Terza Sezione non fornisce alcun significativo apporto per una compiuta critica della questione, limitandosi a rilevare l'opportunità di individuare la «sede naturale» per proporre la domanda di risarcimento di cui all'*art. 96, comma 2, c.p.c.*

Anche per via della laconica ricostruzione del profilo, non è dato comprendere se l'incompetenza invocata dal giudice di appello a sostegno del rigetto della domanda sia intesa in senso tecnico o meno. Da un lato, la circostanza che la domanda risarcitoria sia stata ritenuta inammissibile induce a ritenere che non di competenza in senso tecnico si tratti, giacché, come già *supra* rilevato, il giudice dell'opposizione all'esecuzione appartiene al medesimo ufficio giudiziario dinanzi al quale si è formato il titolo esecutivo poi travolto, con conseguente non praticabilità di una nozione pura di competenza; dall'altro, però, non sfugge l'utilizzo dell'espressione «competenza per materia» che, a detta del giudice dell'esecuzione, comporta che la sede naturale per conoscere della domanda risarcitoria per esecuzione illegittima sia quella del giudizio in cui si accerta l'inesistenza del titolo, cui specularmente si contrappone il richiamo alla «competenza funzionale» operato dal ricorrente per supportare le proprie ragioni di censura.

Lo stato dell'arte nella giurisprudenza di legittimità espressasi sulla questione pone un problema di raccordo, che è stato puntualmente (sebbene acriticamente) colto dall'ordinanza interlocutoria, in quanto convivono due principi consolidati, l'uno per cui «la domanda di condanna al risarcimento dei danni *ex art. 96 c.p.c., comma 2*, del creditore procedente va rivolta al giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stata iniziata o compiuta l'esecuzione forzata»^[9] e

dunque «il giudice cui è demandato l'accertamento dell'esistenza del diritto di iniziare o compiere l'esecuzione forzata può essere il giudice del processo nell'ambito del quale il titolo esecutivo si è formato, quando trattasi di titolo esecutivo giudiziale», l'altro per cui chi intende chiedere il risarcimento del danno per l'esecuzione forzata intrapresa «senza la normale prudenza» e rivelatasi ingiusta può agire ai sensi dell'*art. 96, comma 2, c.p.c.* dinanzi al giudice dell'opposizione all'esecuzione, funzionalmente competente sia sull'*an* che sul *quantum*^[10], sia nell'ipotesi in cui il titolo esecutivo fosse mancante sin dall'inizio del processo esecutivo, sia nel caso in cui sia stato *medio tempore* caducato. Sembrerebbe quindi che nell'ipotesi in cui l'esecutato abbia sia coltivato il giudizio di merito al fine di vedere dichiarata l'inesistenza del diritto *ex adverso* vantato e posto in esecuzione, sia proposto opposizione all'esecuzione, tanto il giudice del processo principale quanto il giudice dell'opposizione all'esecuzione, incaricato pur sempre di verificare preliminarmente la sussistenza del titolo esecutivo, siano competenti a conoscere dell'istanza risarcitoria avanzata *ex art. 96, comma 2, c.p.c.*

Certo è che la natura *sui generis* della domanda (*rectius*, istanza^[11]) risarcitoria *ex art. 96 c.p.c.* influenza la conclusione da raggiungere sul punto, atteso che l'origine processuale del diritto che essa si pone di salvaguardare ne comporta una necessaria dipendenza e contestualità al processo (di merito) in cui si accerta l'inesistenza del diritto per cui è stata iniziata e compiuta l'esecuzione forzata «senza la normale prudenza» e a discapito della parte che ha conclusivamente vinto in giudizio. Questo processo, a parere di chi scrive, non necessariamente corrisponde, ove trattasi di titolo esecutivo giudiziale, con quello principale di merito, ossia quello di impugnazione, in quanto non è affatto scontato che l'esecuzione venga intrapresa in un momento utile perché tale circostanza possa essere dedotta in tale giudizio, vale a dire entro l'udienza di precisazione delle conclusioni.

Potrebbe invece verificarsi il caso in cui un soggetto, soc-

^[8] Cass. civ., Sez. III, [14 luglio 2015, n. 14653](#) e Cass. civ., Sez. III, [23 gennaio 2013, n. 1590](#) ove si è affermato che «il giudice cui è demandato l'accertamento dell'esistenza del diritto di iniziare o compiere l'esecuzione forzata può essere il giudice del processo nell'ambito del quale il titolo esecutivo si è formato, quando trattasi di titolo esecutivo giudiziale. Così (...) in ipotesi di esecuzione della sentenza di primo grado, iniziata e compiuta senza normale prudenza, l'istanza risarcitoria può e deve essere proposta nel corso del giudizio di appello senza che sia opponibile alcuna preclusione», ma si è anche specificato che «può darsi che, in ragione della minaccia o dell'avvio dell'azione esecutiva, vi sia un giudice chiamato a pronunciarsi sull'esistenza del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata perché sia stata proposta un'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 cod. proc. civ.* » senza specificare espressamente la differenza di margini a seconda che l'esecuzione sia stata intrapresa in forza di titolo esecutivi giudiziali o stragiudiziali.

^[9] V. nota che precede.

^[10] V. Cass. civ., Sez. III, [23 aprile 1997, n. 3534](#); Cass. civ., Sez. III, [24 maggio 2003, n. 8239](#); Cass. civ., Sez. III, [6 maggio 2010, n. 10960](#).

^[11] V. Cass. civ., Sez. III, [18 aprile 2007, n. 9297](#), ove si specifica che l'*art. 96 c.p.c.* riconosce il potere di formulare un'istanza e non quello di avanzare un'azione, disciplinando così un fenomeno che si colloca all'interno di un processo già pendente.

combente in primo grado, coltivi il giudizio dichiarativo di impugnazione (ipotizziamo senza ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo) e nel frattempo venga instaurata nei suoi confronti procedura esecutiva sulla base del titolo giudiziale, senza che questi instauri alcuna opposizione all'esecuzione, con successiva vittoria nel giudizio di impugnazione. Orbene, in questo caso la caducazione del titolo esecutivo verrà recepita nella procedura esecutiva con estinzione della medesima. In tale ipotesi, pare che solo il giudice del processo (dichiarativo) innanzi al quale si è accertata l'inesistenza del titolo esecutivo possa conoscere della domanda risarcitoria proposta (senza preclusioni temporali e comunque entro l'udienza di precisazione delle conclusioni) [ex art. 96, comma 2, c.p.c.](#)

Peraltro, l'applicazione rigida del principio per cui l'unico giudice competente a decidere la domanda [ex art. 96 c.p.c.](#) sia quello investito, nel merito, dell'accertamento dell'inesistenza del titolo, giudiziale o stragiudiziale, su cui si fonda l'esecuzione [\[12\]](#), potrebbe comportare il rischio di un appesantimento del giudizio di merito e, soprattutto, un'incombenza eccessiva per il soggetto danneggiato [\[13\]](#). Nel caso specifico esaminato dalla Corte di Cassazione il ricorrente ha formulato la propria istanza risarcitoria in sede di opposizione all'esecuzione e quindi dinanzi ad un giudice investito di un merito che concerne pur sempre e necessariamente le vicende relative al titolo esecutivo (giudiziale e provvisorio), ma il giudice ha ritenuto che tale istanza potesse essere formulata solo nell'apposita sede di impugnazione del titolo; questa soluzione, però, rischia di privare il soggetto della garanzia della tutela giurisdizionale, con macroscopica violazione del diritto all'azione di cui all'[art. 24 della Costituzione](#). Ancora, potrebbe verificarsi che l'esecutato proponga la domanda [ex art. 96 c.p.c.](#) sia nel giudizio innanzi al quale contesta l'esistenza del titolo esecutivo che in sede di opposizione all'esecuzione successivamente instaurata.

In questi casi risulta assai difficile immaginare una forma di automatico raccordo tra l'oggetto del processo principale dichiarativo e quello del successivo giudizio di opposizione all'esecuzione eventualmente instaurato. Ma questo rischio non è sufficiente per escludere o ridurre l'esigenza di garantire tutela, semmai induce a chiedersi come evitare ogni so-

vrapposizione senza affidarsi all'operare dell'istituto della litispendenza (dovendo esso piuttosto ritenersi uno strumento correttivo di situazioni patologiche che è bene evitare con una razionale enunciazione di regole).

Si potrebbe immaginare, come sembra suggerire l'ordinanza interlocutoria, di fornire una soluzione diversificata a seconda che l'esecuzione sia stata instaurata sulla base di un titolo esecutivo giudiziale provvisorio e modificabile per mezzo dei relativi mezzi di impugnazione o meno: nel primo caso, la domanda andrà proposta dinanzi al giudice cui è demandato l'accertamento dell'inesistenza del titolo esecutivo (e dunque in sede dichiarativa di merito), purché l'azione sia stata instaurata entro l'udienza di precisazione delle conclusioni del processo di impugnazione e salve le ipotesi in cui la possibilità di proporre la predetta domanda nell'ambito del giudizio principale sia rimasta preclusa per ragioni non dipendenti dall'inerzia della parte [\[14\]](#), mentre nel secondo caso (e dunque sia per i titoli esecutivi stragiudiziali che per quelli giudiziali azionati solo una volta passati in giudicato), la domanda andrà proposta in sede di opposizione all'esecuzione.

4. L'ordinanza interlocutoria tra Progetto Esecuzioni e intervento nomofilattico

Come già anticipato, la rimessione alle Sezioni Unite della prima questione relativa alla regolazione delle spese del giudizio di opposizione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo appare a chi scrive una soluzione "sovraffondante" rispetto al caso di specie. Pur essendo innegabile la sussistenza del contrasto evidenziato, è vero anche che esso si sostanzia nella presenza di una sola pronuncia difforme rispetto all'interpretazione condivisa all'interno del Progetto Esecuzioni, per di più registrata in seno ad altra Sezione rispetto a quella cui è demandata la competenza esecutiva, con conseguente riduzione del rischio di una perdurante presenza di orientamenti divergenti.

L'intento programmatico del Progetto Esecuzioni risulta encomiabile nella sua *mission* di promozione del compito nomofilattico della Suprema Corte partendo da una più efficiente organizzazione del lavoro, dalla trattazione delle questioni in pubblica udienza (modalità procedimentale ormai «morficata» dalla recente riforma), dalla distribuzione e selezio-

[\[12\]](#) *Ex multis* Cass. civ., Sez. III, 6 maggio 2010, n. 10960.

[\[13\]](#) Come osservato da G. Geraci, in *Espropriazione forzata e responsabilità processuale aggravata* [ex art. 96 cod. proc. civ.](#), [www.eclegal.it](#), 6 marzo 2018.

[\[14\]](#) Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10518, in cui si è affermato che «se è vero che l'azione di risarcimento dei danni [ex articolo 96 c.p.c.](#) non può, di regola, essere fatta valere in un giudizio separato ed autonomo rispetto a quello dal quale la responsabilità aggravata ha origine, è anche vero che tale azione è ammessa quando la possibilità di proporla sia rimasta preclusa per l'evoluzione propria dello specifico processo dal quale la stessa responsabilità aggravata ha avuto origine ovvero per ragioni non dipendenti dalla inerzia della parte (v. Cass. n. 18344/2010, n. 1861/2000)».

ne delle tematiche sottese alle controversie demandate alla Terza Sezione volta a ricavare congiuntamente soluzioni e orientamenti da promuovere anche presso le corti di merito, a favore di una uniforme interpretazione della legge e a tutto vantaggio della certezza del diritto. Esso, però, nella declinazione assunta nell'ordinanza interlocutoria qui esaminata, sembra stridere con l'esigenza di garantire la giustizia del caso singolo in un tempo ragionevole e manifesta una tenden-

za che fa strada nell'operato della Corte, figlia della mistificazione ormai consolidata relativa alla *summa divisio* tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*; quella per cui il giudice di legittimità sembra prediligere l'enunciazione di "pubblici proclami" piuttosto che la soluzione del caso singolo, affiancandosi sempre più spesso al legislatore (seppur nella legittima veste di *lex loquens*) e sempre più di rado al giudice di terza istanza nella controversia ad esso rimessa^[15].

[15] Sul punto di rinvia agli scritti recenti di G. Scarselli, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 355 ss., in particolare l'A., precisando l'origine storico-giuridica degli istituti e l'evoluzione sino al basso medioevo, sottolinea che: «Solo ai nostri giorni, per combinazioni difficilmente ricostruibili, queste espressioni diventano moda (...) perdono il loro autentico significato, e ne acquistano un altro (...) contra *ius constitutionis* non sono più le sentenze inesistenti perché pronunciate dal giudice in assenza o spregio di norme giuridiche; contra *ius constitutionis* sono viceversa tutte le sentenze che consentono alla cassazione di poter emanare pronunce aventi funzione di nomofilachia, ovvero pronunce in grado di fissare principi giuridici da rispettare in futuri casi. Parimenti contra *ius litigatoris* (...) sono tutte le questioni che interessano solo il ricorrente, e non consentono alla cassazione, con la pronuncia che si chiede, di svolgere funzione di nomofilachia. La distinzione *ius constitutionis* - *ius litigatoris* diventa così ancella della nomofilachia, e ad essa si attribuisce una contrapposizione pubblico-privato inesistente», p. 360 e C. Natalini, *Ius constitutionis e ius litigatoris: aspetti storici*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1147 ss.

CONCORDATO PREVENTIVO E PROCEDIMENTO PREFALLIMENTARE

Concordato preventivo e procedimento prefallimentare pendenti dinanzi a giudici diversi: la Cassazione conferma l'applicabilità dell'art. 39, comma 2, c.p.c. (Nota a Cass. Civ., Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 4343)

di Alessio Bonafine

DEL 18 MAGGIO 2020

Sommario

Massima

1. I fatti di causa
2. Le Sezioni Unite del 2013 e le proposte immediatamente successive
3. Le Sezioni Unite del 2015 e la posizione adesiva di Cass. Civ. n. 4343/2020
4. Considerazioni conclusive e prove di tenuta anche alla luce del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Massima

Cass. Civ., Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 4343 - Pres. Federico; Rel. Campese

La domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare debbono essere coordinati in modo da garantire che la soluzione negoziale della crisi, ove percorribile, sia preferita al fallimento. Ciò deve avvenire attraverso l'applicazione dell'art. 273 c.p.c. se i procedimenti sono pendenti innanzi allo stesso giudice, ovvero dell'art. 39, comma 2, c.p.c. se pendenti innanzi a giudici diversi [massima non ufficiale].

1. I fatti di causa

Avverso la sentenza dichiarativa di fallimento una società proponeva reclamo ai sensi dell'art. 18 l. fall.

Il relativo giudizio veniva però dichiarato estinto dalla competente Corte d'appello sul presupposto che la comparsa di costituzione depositata dal curatore del fallimento a seguito della sospensione dei termini processuali disposta in conseguenza degli eventi sismici interessanti la regione Abruzzo nel mese di aprile del 2009 non costituisse un valido atto di riassunzione perché privo della richiesta di fissazione dell'udienza o di prosecuzione del procedimento.

Impugnato e cassato il predetto provvedimento, il giudizio veniva rinviato alla medesima Corte che, a seguito di riassunzione, respingeva il reclamo escludendo l'asserita illegittimità della dichiarazione di fallimento perché resa a fronte di domanda di concordato preventivo.

Avverso la sentenza veniva quindi proposto ricorso per cassazione, con il quale, in particolare, si deduceva la violazione delle norme in punto di *prevenzione* o comunque di *coordinamento* tra il concordato preventivo ed il fallimento, nella misura in cui la decisione censurata non aveva rilevato l'errore in cui era incappato il Tribunale dichiarando il fallimento nonostante fosse stato allegato l'avvenuto deposito della domanda di concordato innanzi ad altro Tribunale; così precludendo alla società la possibilità di accedere alla procedura concorsuale minore.

2. Le Sezioni Unite del 2013 e le proposte immediatamente successive

La sentenza segnalata offre l'occasione per tornare sul tema dei rapporti tra fallimento e concordato preventivo, anche con riserva.

La questione non è certo nuova alle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza^[1], a tal punto da richiedere, per com-

[1] Senza pretesa di completezza, si rimanda, oltre agli altri indicati nel prosieguo, a Genoviva, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di*

prensibili esigenze di sintesi, di limitare anche temporalmente l'esame (comunque sommario) agli arresti che maggiormente hanno segnato le fasi del dibattito.

Un primo riferimento può essere rintracciato nella pronuncia delle Sezioni Unite [n. 1521 del 23 gennaio 2013](#). Nel caso deciso il fallimento dell'imprenditore era stato dichiarato dopo il diniego di omologazione della sua domanda di concordato preventivo ed il profilo dei rapporti tra le procedure era stato posto nell'ottica della verifica della necessità di attendere, ai fini della dichiarazione del fallimento, la definizione del giudizio di impugnazione, sì da estendere anche al secondo grado la regola di prevenzione^[2] riconosciuta nel primo. La Cassazione però, con una pronuncia dalla portata più ampia di quella attesa, aveva finito per impattare in termini più generali sull'operatività del principio del *favor* per la proposta concordataria sulla base di argomenti innanzitutto letterali.

In particolare, aveva ritenuto di dovere valorizzare le modifiche apportate dalla riforma della [legge fallimentare](#) del 2005 al testo dell'[art. 160, comma 1, l. fall.](#) - alleggerito della parte in cui prevedeva che l'imprenditore avrebbe potuto presentare la domanda di concordato fino alla dichiarazione di fallimento - per rintracciare nei rapporti tra concordato preventivo e fallimento «un fenomeno di *conseguenzialità* (eventuale del fallimento, all'esito negativo della procedura di concordato) e di assorbimento (dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento), che determina una mera esigenza di coordinamento fra i due procedimenti».

Da ciò ricavando che la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento «non

rappresenta un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore, che non potrebbe comunque disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare, venendo così a paralizzare le iniziative recuperatorie del curatore e ad incidere negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo».

In questo modo le Sezioni Unite si collocavano nel solco di quella giurisprudenza^[3] che, distinguendo la consequenzialità logica dalla consequenzialità procedimentale, già aveva raggiunto la medesima conclusione, affermando che in presenza di una domanda di concordato innestata nella fase prefallimentare già attivata, spettasse al giudice fallimentare ricercare un bilanciamento tra le opposte iniziative, guardando alle particolarità del caso concreto e negando preferenza alla soluzione pattizia che, alimentata da intenti meramente dilatori, si fosse fatta momento di abuso del diritto del debitore^[4].

Il rischio che sembrava potere derivare da una tale impostazione era quello della sottrazione della regolamentazione dei rapporti tra le procedure a precise regole prefissate per legge a favore di un apprezzamento giudiziale libero^[5], in possibile contraddizione con la limitazione del controllo del Tribunale ai soli profili di fattibilità giuridica del piano, e non anche quindi a quelli di fattibilità e convenienza economica, che le stesse Sezioni Unite avevano nel contempo fissato^[6]. Anche per tali ragioni, il preteso superamento del principio di prevenzione sarebbe stato rimesso in discussione già poco tempo dopo, con l'ordinanza interlocutoria [n. 9476 del 30 aprile 2014](#), con la quale la Sezione remittente (Sez. I) avrebbe sostenuto la possibilità di intendere la regola di preven-

fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio, in *Il Fall.*, 2009, 55 ss.; De Santis, *Ancora sui rapporti tra istruttoria prefallimentare e procedura concordata di soluzione della crisi di impresa*, in *Il Fall.*, 2011, 1202 ss.; Ghignone, *Note minime sul rapporto tra istruttoria prefallimentare e soluzioni alternative della crisi di impresa*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2012, 262 ss.; Montanari, *Concordato preventivo e istruttoria prefallimentare tra «pregiudizialità» e «coordinamento delle procedure»: una trasformazione soltanto apparente*, *ivi*, 2014, 285 ss.

^[2] Sulla nozione di prevenzione v. Tiscini, *Esigenze di coordinamento tra concordato preventivo e fallimento e categorie del diritto processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 559, secondo cui «imporre la prevenzione significa vincolare il giudice ad esaminare e portare a compimento la procedura per l'accesso al concordato prima di esaminare l'istanza di fallimento, non potendo provvedersi su quest'ultima non solo prima di aver chiuso la prima, ma anche prima di averne svolto compiutamente l'istruttoria».

^[3] *Ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, [4 settembre 2009, n. 19214](#); Cass. Civ., Sez. VI, [8 febbraio 2011, n. 3059](#); Cass. Civ., Sez. I, 24 ottobre 2012, n. 18190.

^[4] *Amplius*, Farina, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, 62 ss.

^[5] Montanari, *Concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, cit., 306. Cfr. De Santis, *Ancora sui rapporti*, cit., 1208, che sostiene la fungibilità delle soluzioni della riserva di decisione sulla istanza di fallimento ovvero del rinvio dell'udienza prefallimentare.

^[6] *Amplius*, Fabiani, *La questione «fattibilità» del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fall.*, 2013, 156 ss.; De Santis, *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*; Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva «funzionale» aperta dal richiamo alla «causa concreta»*; Di Majo, *Il percorso «lungo» della fattibilità del piano proposto nel concordato*, tutte *ivi*, 279 ss.

zione come immanente al sistema, atteso che dalla funzione della domanda di concordato, consistente nel prevenire il fallimento attraverso un accordo del debitore con la maggioranza dei creditori, sarebbe stata ricavabile la necessità di esaminare preliminarmente la predetta istanza per giungere al fallimento solo in caso di mancata apertura della procedura minore e, conseguentemente, l'impossibilità di provvedere altresì alla sua dichiarazione per tutta la pendenza della procedura concordataria.

A tali fini l'ordinanza muoveva dal quadro normativo offerto dalla [legge fallimentare](#); in particolare, dall'[art. 69-bis, comma 2](#), che, introducendo un meccanismo di protezione dei creditori per il ritardo nella dichiarazione di fallimento e stabilendo che nel computo del periodo rilevante ai fini degli effetti degli atti pregiudizievoli sia da considerare la data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, presupporrebbe il preventivo esame del ricorso per la soluzione negoziata; dagli artt. [162, comma 2](#), [179, comma 1](#), e [180, comma 7](#), che, rispettivamente, subordinano la dichiarazione di fallimento all'ipotesi che la domanda di concordato sia dichiarata inammissibile, che non sia approvata dalle maggioranze richieste ovvero respinta; dall'[art. 161, comma 10](#), che, nella parte in cui - proprio immaginando la domanda di concordato presentata in pendenza di procedimento per la dichiarazione di fallimento - fissa la regola della riduzione dei termini per la presentazione del piano e della proposta con riferimento alla domanda di concordato in bianco, segnerebbe una regola di accelerazione che avrebbe senso solo se intesa nel senso di favorire una pronuncia sulla soluzione concordataria anticipata rispetto a quella sull'istanza di fallimento; dall'[art. 169](#), che in linea con il richiamato [art. 69-bis](#) ancora alla presentazione della domanda di concordato anche gli effetti di cui all'[art. 45 l. fall.](#) Anche in chi aveva rilevato l'inidoneità delle disposizioni richiamate a valere come reale *surrogato* della versione dell'[art. 160, comma 1, l. fall.](#) precedente alla riforma del 2005, in quanto riferite ad ipotesi particolari dalle quali non

sarebbe risultato possibile ricavare una regola di portata generale in punto di ordine di trattazione, era però ferma l'idea che il principio di prevenzione non fosse stato superato ma, anzi, corroborato, sebbene non sul piano tecnico-giuridico ma su quello dell'opportunità, in ragione dell'inevitabile propensione legislativa comunque dimostrata per le procedure negoziali di superamento della crisi[7].

D'altro canto, se è vero che le Sezioni Unite del 2013 avevano preferito fare ricorso alla categoria della *conseguenzialità*, è anche vero che così avevano deciso essenzialmente allo scopo di sottolineare l'impossibilità di ricondurre i rapporti tra concordato e fallimento alle logiche della pregiudizialità-dipendenza, in quanto quest'ultima rinvenibile solo nelle ipotesi in cui il processo *pregiudicante* abbia ad oggetto una situazione sostanziale che rappresenti un fatto costitutivo o un elemento fondante della situazione sostanziale esaminata nel processo *pregiudicato*.

La conseguenzialità, in altri termini, era servita ad esprimere il senso di una relazione operante esclusivamente sul piano dei processi (così generando la necessità del coordinamento), ma che nella misura in cui comportava che uno dei procedimenti non potesse essere definitivo in assenza della preventiva chiusura dell'altro, comunque esprimeva una regola di conservata prevenzione.

Piuttosto, nel sostanziale silenzio della Corte in relazione alle specifiche modalità per realizzare il predetto coordinamento, restavano all'evidenza da individuare le categorie processuali cui attingere.

L'ordinanza del 2014, in effetti, aveva sì escluso la possibilità di dichiarare il fallimento in pendenza della procedura di concordato preventivo, ma senza discostarsi da quanto chiarito dalle Sezioni Unite in punto di non configurabilità di una ipotesi di sospensione (della istruttoria prefallimentare) per pregiudizialità in senso tecnico-giuridico, ovvero invocabile in forma impropria o per mera opportunità[8].

La dottrina aveva sostanzialmente condiviso tale ricostruzione[9], anche osservando il possibile contrasto della so-

[7] Tiscini, *Esigenze di coordinamento*, cit., 560 s. L'opportunità di non valorizzare eccessivamente la modifica normativa per ritenere mantenuta anche nel nuovo assetto la regola della prevenzione pare emergere, in via esemplificativa, dai commenti di Canale, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di Punzi e Ricci, Padova, 2005, 197 ss.; Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Il Fall.*, 2005, 587 ss.; Fabiani, *Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento*, ivi, 2010, 195 ss.; Colesanti, *Crisi d'impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza ("prospettica")*, in *Corr. giur.*, 2010, 122 ss.; Vacchiano, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2011, 70 ss.; Marinucci, *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 426 ss. La soluzione offerta da Cass. Civ., Sez. Un., [23 gennaio 2013, n. 1521](#) sembra condivisa, tra gli altri, da Costantino, *Sui rapporti tra dichiarazione di fallimento e concordato con riserva*, in *Foro it.*, 2013, I, 1569 ss., spec. 1572; De Santis, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Il Fall.*, 2013, 1062 ss., spec. 1067.

[8] *Amplius*, Trisorio Liuzzi, *Le sezioni unite cassano la sospensione facoltativa del processo civile*, in *Foro it.*, 2004, I, 1474 ss.

[9] Tra gli altri, Genoviva, *Rigetto della proposta*, cit., 63 ss.; De Santis, *Ancora sui rapporti*, cit., 1205; Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza*

sospensione con le esigenze di ragionevole durata del processo; l'incompatibilità della conseguente riassunzione necessaria ai fini della ripresa del procedimento con la regola della pronuncia del fallimento contestuale a quella negativa sul concordato *ex artt. 173, comma 2, e 180, ult. comma, l. fall.*; nonché le difficoltà a giustificare la «battuta d'arresto» dell'istruttoria fallimentare «nei termini, tradizionali, della necessità di evitare un conflitto di giudicati»[10].

In ciò era adesiva anche la posizione della Sezione remittente che, offrendo supporto al superamento della tesi della temporanea improcedibilità della istanza di fallimento[11], pareva soddisfarsi dell'idea del suo rigetto, così però esponendosi alla considerazione per cui la proposta per il rigetto della istanza di fallimento, presupponendo la mancanza dei requisiti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall., si muove non nell'ambito delle condizioni processuali di definizione dei rapporti tra le procedure ma in quello «del merito del giudizio (pur con le peculiarità che esso presenta)»[12].

Altrove andavano quindi recuperate le predette regole processuali, e per tali ragioni si erano già fatte spazio differenti proposte interpretative[13]. Così, se da un lato, si voleva risolto il rapporto tra le procedure nella precedenza accordata alla prima giunta a maturità istruttoria[14], dall'altro, si immaginava un coordinamento affidato alle scelte del giudice e veicolato nelle forme della riunione dei procedimenti[15]. Da disporre *ex artt. 273 e 274 c.p.c.* per i giudizi introdotti innanzi allo stesso giudice - a seconda che si fosse aderito alla tesi dell'esistenza di una sorta di litispendenza parziale

per «parziale identità di questioni»[16] ovvero di una ipotesi di connessione per «incompatibilità» tra forme di regolazione della crisi[17] - e, specularmente, ai sensi dell'art. [art. 39, comma 2, c.p.c.](#) ovvero dell'[art. 40 c.p.c.](#) per i casi di pendenza delle procedure davanti uffici giudiziari diversi[18]. Certo, anche la descritta soluzione era da subito apparsa non del tutto «coerente per le difficoltà di inquadrare l'oggetto dei processi entro ben definite categorie processualciviliistiche» (in specie, quelle della connessione) e tuttavia si era lasciata preferire sia perché non condizionata nell'operatività al richiamo alla pregiudizialità-dipendenza, sia perché comunque valevole per qualsiasi ipotesi di connessione (*ex artt. 31-40 c.p.c.*), sia perché ritenuta utile ad evitare la chiusura anticipata della istruttoria prefallimentare, così permettendo la contestuale pendenza delle due procedure e una conseguente loro migliore gestione (vale a dire, l'auspicato coordinamento) sulla base della valutazione giudiziale del caso concreto[19].

3. Le Sezioni Unite del 2015 e la posizione adesiva di Cass. Civ. n. 4343/2020

Nell'appena accennato dibattito, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute nel 2015[20] consolidando un orientamento che pure nella più recente sentenza segnalata ha trovato ulteriore conferma.

Il Collegio esordisce negando significatività alla modifica dell'[art. 160, comma 1, l. fall.](#) (in quanto considerato nella sua prima versione «ridondante e sostanzialmente neutro ri-

dell'istruttoria fallimentare, in *Il Fall.*, 2013, 1080; Fabiani, *Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato*, *ivi*, 2014, 650.

[10] Cfr. Pagni, *op. ult. cit.*, 1081. L'A. esamina il tema della idoneità al giudicato del decreto di omologazione del concordato in *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, I, Padova, 2010, 558 ss., cui quindi si rinvia per ogni approfondimento.

[11] V. Ghignone, *Note minime*, cit., 264 ss.

[12] Tiscini, *Esigenze di coordinamento*, cit., 563. Contraria anche la posizione di Montanari, *Concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, cit., 292.

[13] Per la ricostruzione delle quali si rimanda a Genova, *Rigetto della proposta*, cit., 55 ss.

[14] V. Ferro, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Il Fall.*, 2013, 1092.

[15] V. anche Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 133 ss.; Casa, *Del rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo: le «vecchie» categorie della «sospensione» e della «improcedibilità», i «nuovi» idoli dell'«abuso del diritto» e «del processo»*, in *Il Fall.*, 2013, 709 ss., che sembra però sostenere l'inutilità di un formale provvedimento di riunione sul presupposto per cui le domande di concordato e di fallimento si inserirebbero sin dal principio in un unico procedimento, in cui quella depositata per seconda costituisce atto interno alla sequenza avviata dal deposito dell'altra. Cfr. Montanari, *Concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, cit., 295, che evidenzia come pure questa soluzione lasci spazio alla discrezionalità del giudice; De Santis, *Rapporti tra poteri delle parti*, cit., 1067.

[16] Fabiani, *op. loc. ult. cit.*

[17] Pagni, *op. ult. cit.*, 1082.

[18] Si tratta delle ipotesi, marginali, in cui vi sia stato trasferimento di sede e diverso momento di deposito degli atti introduttivi; cfr. Fabiani, *op. ult. cit.*, 652.

[19] Tiscini, *Esigenze di coordinamento*, cit., 564.

[20] Cass. Civ., Sez. Un., [15 maggio 2015, nn. 9934, 9935 e 9936](#).

spetto all'ordine di trattazione delle procedure») e giustificando la stessa con la nuova individuazione del presupposto della procedura di concordato nello stato di crisi e non necessariamente in quello di insolvenza. Conclude, quindi, per la conservazione della regola di prevenzione del concordato[21].

Tale soluzione è offerta dopo avere, da un lato, negato rilevanza ostativa alla circostanza della abrogazione del fallimento d'ufficio e del venire meno della identità del presupposto delle due procedure e, dall'altro, soppesato, in uno alla Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014[22], le disposizioni normative ritenute rilevanti, in adesione alle argomentazioni spese già dall'[ordinanza n. 9476](#)[23]. Tra queste, quindi, non l'[art. 168, comma 1, l. fall.](#), atteso che il divieto di intraprendere azioni esecutive (e cautelari) nei confronti dell'imprenditore che abbia fatto domanda di concordato non è da intendersi come comprensivo anche dell'istanza di fallimento[24].

Piuttosto, è sul tema della concreta attuazione della soluzione accolta che la pronuncia ha il merito di provare ad offrire coordinate più chiare.

Il punto di partenza del ragionamento è che dopo la riforma non solo il concordato ha mantenuto una funzione preventiva rispetto al fallimento, ma che tale funzione si è arricchita di una dimensione negoziale a discapito dei suoi connotati pubblicistici, atteso che resta affidata al Tribunale (in ragio-

ne di quanto chiarito proprio dalle Sezioni Unite del 2013) solo la valutazione della fattibilità giuridica della proposta e non anche quella di convenienza o di fattibilità economica.

In un tale contesto, quindi, al Tribunale non può che essere sottratta anche la ricerca di un bilanciamento degli interessi sottesi alle procedure, divenendo così non più accettabile l'idea di un loro coordinamento in via giudiziale.

Per queste vie, confermato il rifiuto delle tesi della sospensione e della improcedibilità della procedura prefallimentare e, del pari, considerata non accettabile quella costruita sulla maturità istruttoria prima raggiunta (che potrebbe portare a risultati controproducenti), la Corte ha fatto ricorso al criterio della continenza facendo leva sull'orientamento che dello stesso ha fornito un'interpretazione ampia, sì da ricomprendervi non solo le ipotesi in cui due cause siano caratterizzate da identità di soggetti e titolo e da una differenza soltanto quantitativa dell'oggetto, ma anche quando fra le due cause sussista un rapporto di interdipendenza, come nel caso in cui siano prospettate, con riferimento ad un unico rapporto negoziale, domande contrapposte, o in relazione di alternative (c.d. continenza per *specularità*)[25].

Con maggiore impegno esplicativo, nel panorama di interpretazioni e proposte delineatosi anche successivamente alle Sezioni Unite del 2013, il Collegio, su un fronte, ha evidenziato la parziale coincidenza dei soggetti (quando l'iniziativa per la dichiarazione del fallimento è assunta dal creditore, il

[21] Il principio, invero, è però negato in relazione alle fasi di impugnazione dei provvedimenti che concludono negativamente il concordato. In ciò la Corte non ravvede possibili profili di contraddittorietà con la riconosciuta necessaria preferenza per la procedura negoziata nei casi degli artt. [162](#), [173](#), [179](#) e [180](#) l. fall., in quanto tale *favor* sarebbe comunque espressione di una scelta di opportunità compiuta dal legislatore e non conseguenza della connotazione dei rapporti tra le procedure in termini di pregiudizialità-dipendenza. In senso critico v. Tiscini, *op. cit.*, 566, che evidenzia come «Se la *ratio* della prevalenza tra concordato e fallimento sta nella 'pregiudizialità di sistema' tra le procedure, la stessa dovrebbe potersi confermare in ogni fase-grado del giudizio, fino a quando non è divenuta incontestabile la vicenda concordataria». La questione (sulla quale, *amplius*, Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le Sezioni unite del maggio 2015*, in *Il Fall.*, 2015, 928 s.; Costantino, *Note sui rapporti tra concordato preventivo e fallimento nel disegno di delega per riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2017, 633 s.) potrebbe essere stata superata dall'[art. 49 d.lgs. n. 14/2019](#) (v. *infra* nel testo). Nella parte in cui prevede la pronuncia dichiarativa del fallimento (*rectius*, liquidazione giudiziale) solo dopo che siano state «definite le domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza eventualmente proposte», la disposizione è stata infatti interpretata nel senso di escludere la necessità di attendere l'esaurimento delle possibili impugnazioni del rigetto dell'omologazione, «essendo sufficiente la sola decisione del primo grado di giudizio»; così, Boggio, *L'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1954.

[22] Il cui Considerando 18 segnerebbe per la Corte una chiara preferenza per la soluzione negoziata stabilendo che «Il debitore dovrebbe poter chiedere al giudice di sospendere le azioni esecutive individuali e la procedura di insolvenza di cui i creditori abbiano chiesto l'avvio, nei casi in cui tali azioni possano ripercuotersi negativamente sui negoziati e ostacolare le prospettive di ristrutturazione della sua impresa».

[23] Critiche, in particolare rispetto alla valorizzazione dell'[art. 161, comma 10, l. fall.](#) e pure del Considerando 18 della Raccomandazione europea, sono state formulate da Pagni, *op. ult. cit.*, 930 s.

[24] Sul tema cfr. Fabiani, *op. ult. cit.*, 651; v. pure Paluchowski, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*; Rolfi, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, entrambi in *Il Fall.*, 2011, 98 ss.

[25] Si tratta della logica interpretativa per cui alla continenza sono stati ricondotti anche i rapporti tra domanda per nullità, annullamento e risoluzione del contratto, da un lato, e domanda per l'esecuzione, dall'altro; v. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 107 ss.; Tiscini, *Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica*, in *giustiziaviva.com*.

quale è anche parte sostanziale della procedura di concordato) e della *causa petendi*[26]; sull'altro, ha attinto alla considerazione della incompatibilità delle istanze in ragione della diversità delle regole previste nell'ambito delle due procedure per la regolazione della crisi.

Così ragionando, ha quindi fissato la regola della riunione, ai sensi dell'[art. 273](#) ovvero in conseguenza dell'applicazione dell'[art. 39, comma 2, c.p.c.](#), a seconda che i due procedimenti siano o meno pendenti innanzi allo stesso giudice.

A questa ricostruzione ha in ultimo aderito anche la sentenza segnalata[27], che ha ritenuto che essa si lasci «particolarmente apprezzare sul piano dell'opportunità poiché, consentendo al Tribunale, in caso di esito negativo della domanda di concordato, di decidere immediatamente sulle istanze di fallimento riunite, vale a ridimensionare il rischio di un abuso dell'istituto del concordato preventivo realizzato mediante l'artificiosa reiterazione della relativa domanda al solo scopo di evitare la dichiarazione di fallimento».

Il tema dell'abuso, in effetti, era stato affrontato anche dalle Sezioni Unite del 2015 che, pur evidenziando l'esistenza di già adeguate misure di cautela apprestate dalla disciplina di settore (si pensi, nell'ambito del concordato con riserva, alla nomina del Commissario con funzione di vigilanza e controllo), avevano comunque ammesso la possibilità di dichiarare la proposta di concordato inammissibile per violazione dei canoni generali di buona fede, correttezza, lealtà processuale e giusto processo tutte le volte in cui fosse risultata abusiva perché alimentata da propositi solo dilatori.

La Cassazione, quindi, ha confermato la regola dell'[art. 39, comma 2, c.p.c.](#) sia quando l'istanza di fallimento sia stata depositata dinanzi ad un ufficio giudiziario diverso da quello innanzi al quale sia già pendente una domanda di concordato preventivo, sia nella ipotesi inversa, ulteriormente precisando che in questo caso, laddove il debitore sia a conoscenza della pendenza dell'istruttoria prefallimentare anteriormente introdotta, è suo onere proporre la domanda di concordato

preventivo dinanzi al Tribunale investito dell'istanza di fallimento, anche quando lo ritenga incompetente, affinché i due procedimenti confluiscono dinanzi al medesimo Tribunale, e senza che una siffatta condotta determini acquiescenza ad una eventuale violazione dell'[art. 9 l. fall.](#)

4. Considerazioni conclusive e prove di tenuta anche alla luce del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Anche l'insegnamento inaugurato nel 2015 dalle Sezioni Unite non è andato esente ad una serie di osservazioni. In particolare, e al netto del rilievo per cui la temuta discrezionalità del giudice in fase di coordinamento delle procedure, scacciata dalla porta, sarebbe comunque rientrata dalla finestra sotto forma di controllo dell'abusività della domanda concordataria[28], è stata messa in dubbio, a monte, la correttezza del richiamo alla categoria della continenza per specularità, oltre che le conseguenze da questa ricavate in punto di riunione dei procedimenti.

Ciò in quanto anche la continenza per specularità «esige un rapporto di connessione particolarmente intensa tra le cause, cioè che siano state introdotte domande contrapposte o in relazione di alternatività, ma pur sempre caratterizzate da una coincidenza almeno parziale delle *causae petendi*; ovvero quando le questioni dedotte con la domanda anteriormente proposta costituiscano il necessario presupposto per la definizione del giudizio successivo, ma alla stregua della sussistenza di un nesso di pregiudizialità logico-giuridica, tale da radicare una situazione processualmente omologa a quella declinata dall'[art. 295 c.p.c.](#)»[29].

La (per lo meno possibile) diversità di condizioni per l'accesso (stato di crisi e/o di insolvenza) e una incompatibilità dei *petita* che sarebbe destinata a maturare solo in sede di omologazione, atteso che prima la domanda per il concordato «è limitata alla richiesta di ammissione alla procedura»[30], si ergerebbero così ad ostacolo alla piena condivisione della soluzione della Corte.

[26] De Santis, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Fall.*, 2015, 916 s., osserva che lo stato di crisi, quale condizione per l'accesso al concordato, può comprendere sia l'insolvenza richiesta per il fallimento sia situazioni diverse e di minore gravità. Così, prosegue evidenziando come, nei rapporti tra concordato preventivo e fallimento, «non esista - processualmente parlando - una connessione in senso tecnico, ossia per identità parziale degli elementi di individuazione della domanda giudiziale, diversi essendo i soggetti [...]; la *causa petendi* [...]; ed il *petitum* [...]» e tuttavia «la decisione dei due giudici evidenzia una forte (ancorché 'atecnica') 'identità di questioni', esigendo, in concreto, l'esplorazione delle caratteristiche della medesima crisi d'impresa e l'impossibilità di accedere alla liquidazione fallimentare se (e finché) sussistono i presupposti per il concordato preventivo». L'A. aveva in questo senso già parlato di *influenza* tra giudizi in *Ancora sui rapporti*, cit., 1207.

[27] Che si aggiunge ad un orientamento assolutamente consolidato: v., solo a titolo esemplificativo, Cass. Civ., Sez. I, [4 giugno 2014, n. 12534](#); Cass. Civ., Sez. VI, [11 ottobre 2018, n. 25210](#); Cass. Civ., Sez. I, [26 novembre 2018, n. 30539](#).

[28] Pagni, *op. ult. cit.*, 931.

[29] De Santis, *op. ult. cit.*, 919.

[30] Sotgiu, *Sull'accertamento dello stato di insolvenza in pendenza della procedura di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1242.

Vi è poi anche un ulteriore aspetto. La tesi più ampia proposta in punto di continenza (c.d. *qualitativa*), cui la Corte guarda - in contrasto con quella *quantitativa* e restrittiva secondo cui essa presuppone sempre che una domanda ne *contenga* un'altra^[31] - era stata pensata al fine di ricondurre all'[art. 39, comma 2, c.p.c.](#) ogni ipotesi di interferenza negli effetti delle pronunce, anche per offrire risposta al rischio di conflitti pratici (e non meramente logici) di giudicato^[32]. Tuttavia, il ricorso alla continenza per realizzare il coordinamento tra le procedure in esame non trova supporto nella valutazione dei limiti oggettivi del giudicato, essendo finanche diverso il rapporto giuridico sostanziale dedotto nei due procedimenti e non riconducibile ad una matrice sostanziale unitaria. E, d'altronde, sono le stesse Sezioni Unite ad individuare il «nucleo comune» nella mera «regolazione della crisi». Ma di questo è ben consapevole anche la sentenza segnalata, che ha aderito letteralmente alle riflessioni di chi aveva già evidenziato che la presentazione delle due domande nemmeno «comporta la deduzione in giudizio di un rapporto giuridico sostanziale nei termini propri dell'ordinario processo di cognizione. Ed invero, la domanda di concordato introduce un procedimento di natura tipicamente volontaria, destinato a sfociare (in caso di esito positivo della procedura) in un provvedimento che si configura quale condizione di efficacia di un accordo tra privati. La domanda di fallimento, invece, dà luogo a un processo che, anche a volerne sostenere la natura contenziosa, deve essere probabilmente ricondotto nell'ambito dei c.d. processi a contenuto oggettivo [...], caratterizzati, tra l'altro, da ciò, che il giudicato investe direttamente gli effetti (di norma costitutivi) della sentenza e non ha ad oggetto un preesistente rapporto sostanziale»^[33]. Il motivo del ricorso alla categoria della continenza è quindi, innanzitutto, pratico. Esso infatti risiede nell'esigenza di favorire la riunione dei procedimenti, in particolare, quando questi siano pendenti innanzi uffici giudiziari diversi, senza scontare le limitazioni di cui all'[art. 40, comma 2, c.p.c.](#)^[34], le quali potrebbero rendere necessario il ricorso alla sospensione.

L'obiettivo è quello di permettere al Tribunale una visione d'assieme (attraverso l'apertura contemporanea dei fascicoli delle due procedure^[35] e le informazioni offerte, ad esempio, dal Commissario giudiziale) per valutare, fermi comunque i limiti al controllo del piano e della proposta concordataria, lo sviluppo dei singoli procedimenti e adottare, in qualsiasi fase, le determinazioni opportune.

In questo senso, l'affidamento del coordinamento alla discrezionalità del giudice, che pure sembrerebbe logica conseguenza di quanto appena indicato, è inciso nell'ottica della volontà di offrire comunque una generale regola di preferenza sempre conoscibile e posta a garanzia degli interessi del debitore che sia nelle condizioni di proporre serie condizioni per il superamento della crisi, senza però contemporaneamente sacrificare quelli dei creditori. E infatti, se da un lato la presentazione della domanda di concordato in pendenza di procedimento per la dichiarazione di fallimento non sospende e neppure rende improcedibile la procedura prefallimentare, che può proseguire nella sua istruttoria e può concludersi con una pronuncia di rigetto; dall'altro, durante la pendenza di una procedura di concordato, sia essa in fase di ammissione, di approvazione o di omologazione, non può ammettersi il corso di un autonomo procedimento prefallimentare che si concluda con la dichiarazione di fallimento indipendentemente dal verificarsi di uno degli eventi previsti dagli artt. [162](#), [173](#), [179](#) e [180](#) l. fall., atteso che diversamente concludendo si frusterebbe la finalità stessa della procedura minore.

A ben vedere, peraltro, la strada per la riunione non svilisce il ruolo del Tribunale. Essa, infatti, non determina la fusione dei procedimenti, che possono quindi proseguire nel rispetto delle rispettive discipline processuali^[36], sicché spetterà comunque al giudice definire le modalità concrete di gestione del cumulo. E ciò vale *a fortiori* se si considera che, se è vero che non osta alla riunione la soggezione delle cause a due riti diversi (come sembrano essere quelli in questione^[37]), potendo essere applicato (salvo che risulti preclusivo il diverso stato in cui si trovano i due procedimenti) l'[art.](#)

[31] Cfr. tra gli altri, Garbagnati, *Continenza di cause*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1959, IV, 403 ss.; Franchi, *La litispendenza*, Padova, 1963, 413 ss.; Scarselli, *Note in tema di continenza del processo ordinario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1370 ss.; Lorenzetto Peserico, *La continenza*, Padova, 1993, 119 ss.

[32] V. Redenti, *Diritto processuale civile*, II, Milano 1985, 148 s.; Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione del debito*, in *Giur. it.*, 1989, 607 ss.

[33] In questi termini, Boccagna, *Fallimento e concordato preventivo*, in *Corr. giur.*, 2015, 1287, nota 20.

[34] Salvo ad aderire all'interpretazione secondo cui le restrizioni di cui alla disposizione in parola non possono trovare applicazione ai casi di connessione qualificata e si assuma che a questa siano da ricondurre anche i rapporti tra concordato e fallimento. L'osservazione è di Boccagna, *op. ult. cit.*, 1288, nota 27.

[35] Tiscini, *Esigenze di coordinamento*, cit., 564; Pagni, *op. ult. cit.*, 933.

[36] V. Cass. Civ., Sez. I, [10 luglio 2014, n. 15860](#). *Contra*, Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1959, 310.

[37] Cfr. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, cit., 1080 s., secondo cui «La prima domanda [di concordato, n.d.r.]

[40, comma 3, c.p.c.](#) [38], è vero anche che è discussa la natura del procedimento per la dichiarazione di fallimento [39] e che, pertanto, la declinabilità dei criteri di coordinamento tra riti di cui all'[art. 40 c.p.c.](#) non appare né certa né immediata. Su queste basi di ragionamento, la soluzione - anche alla luce delle comunque oggettive difficoltà a ricondurre i rapporti tra le procedure a precise regole processuali - appare realizzare un ragionevole punto di equilibrio. E, in questo senso, essa è stata di fatto confermata anche dalla più recente riforma della materia concorsuale realizzata con il [d.lgs. n. 14/2019](#) (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, c.c.i.) [40].

Già i criteri della [legge delega n. 155/2017](#) (art. 2, comma 1, lett. g), in effetti, prevedevano espressamente la «priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa».

Il principio ha quindi trovato più specifica espressione nell'art. 7 c.c.i. che, nel fissare la regola generale della trattazione unitaria delle domande di regolazione della crisi o dell'insolvenza, prevede la riunione di quelle sopravvenute a quelle già pendenti (comma 1) [41] e altresì chiarisce che «Nel caso di proposizione di più domande, il Tribunale trat-

ta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata».

È introdotto, in altri termini, una sorta di ordine di trattazione in cui la prevalenza del percorso non liquidatorio è sottoposta alle sole condizioni appena indicate, ed individuate (anche in ragione dell'art. 44, comma 1, lett. a), e comma 2, c.c.i.) come funzionali a scongiurare il rischio di domande abusive [42].

Così, con riferimento più prossimo ai rapporti tra soluzione concordata e liquidazione, l'art. 49, comma 1, c.c.i., in attuazione della predetta regola di generale priorità nella trattazione, specifica che la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale può aversi solo dopo che, se proposte, siano state definite dal Tribunale «le domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza» [43].

È in sostanza confermato il superamento dell'idea che il rapporto tra le procedure possa essere lasciato ad una competizione costruita sul grado di maturità istruttoria raggiunto e, similmente, che spetti alla libera scelta del Tribunale l'individuazione della procedura cui accordare priorità nella trattazione.

Ovviamente, non vuole dirsi che siano venute meno tutte le

dovrà essere esaminata nell'ambito di un procedimento camerale dall'oggetto incerto, a metà strada tra un processo nel quale il giudice interviene a risolvere una controversia tradizionale tra creditori e debitore, ed un giudizio - in cui non si decide su diritti - nel quale il provvedimento serve a verificare la conformità del negozio al parametro di legalità ed a consentire allo stesso di produrre i propri effetti. La seconda [di fallimento, n.d.r.] verrà trattata in un giudizio camerale anch'esso, ma con tratti che ricordano la cognizione piena [...]»; Boccagna, *op. ult. cit.*, 1287.

[38] A titolo esemplificativo, v. Cass. Civ., Sez. VI, [7 dicembre 2018, n. 31801](#).

[39] Si è ampiamente dibattuto, in particolare, se questo sia un procedimento camerale (cfr. Cass. Civ., Sez. I, [22 agosto 2018, n. 20957](#)) ovvero a cognizione piena (in questo senso, Cass. Civ., Sez. VI, [3 giugno 2014, n. 12338](#)); in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, v. Cecchella, *Il processo per la dichiarazione di fallimento. Un rito camerale ibrido*, Padova, 2012; De Santis, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2012, 155 ss.). Il tema, invero, si ripropone anche nella vigenza del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (v. *infra* nel testo), la cui Relazione illustrativa definisce quello per la liquidazione giudiziale come un «procedimento semplificato, ma regolato dalla legge nei suoi snodi principali».

[40] La cui entrata in vigore è stata differita, nell'ambito della nota legislazione emergenziale anti Covid-19 (in specie, [art. 5, d.l. 8 aprile 2020, n. 23](#)), al 1° settembre 2021. Sulla opportunità di tale scelta, v. Santangeli-Fabbi, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in *judicium.it*.

[41] È utile sottolineare come, poiché nel nuovo assetto normativo alla omogeneità della disciplina della domanda corrisponde comunque una conservata eterogeneità delle norme dettate per i singoli procedimenti, la riunione non apre ad un procedimento unico in senso stretto (piuttosto, ad un unico provvedimento conclusivo). Ciò comporta che pure nel c.c.i. è immaginato un meccanismo che non solo permette alle cause di procedere nel rispetto della disciplina propria, ma pure affida di fatto al giudice la determinazione delle concrete modalità di gestione del cumulo.

[42] Ai sensi dell'art. 47 c.c.i. al Tribunale è demandata anche la verifica dell'ammissibilità giuridica della proposta e della fattibilità economica del piano. Il legislatore ha quindi esteso i limiti del sindacato giudiziale come individuati dalle Sezioni Unite del 2013, atteso che nel nuovo assetto esso non ricomprende le sole ipotesi di manifesta inettitudine, implausibilità ovvero irrealizzabilità. Cfr. Rinaldi, *Scatta il doppio controllo dell'attestatore e del giudice sulla fattibilità del piano*, in *Guida al Diritto*, 2019, VII, 58 ss.

[43] *Amplius*, Boggio, *op. loc. ult. cit.*; sul tema v. anche, a commento del progetto di riforma, Costantino, *Note sui rapporti*, cit., 625 ss.

difficoltà legate al tentativo di categorizzazione dei rapporti tra le procedure[44]. Tuttavia, per come evidenziato, la ora esplicitata regola della riunione si adatta alle varie forme di connessione e permette, quindi, di aggirare almeno in parte il problema, secondo le osservazioni che la dottrina aveva già provveduto a formulare

In quest'ottica, pertanto, nemmeno sembra sostenibile che l'introduzione di un ordine di trattazione sia valso a mutare la regola dei rapporti tra le procedure, sì da ricondurli agli schemi della pregiudizialità[45].

Non solo, infatti, la pregiudizialità è causa e non effetto dell'ordine di trattazione, ma in ogni caso sembrano restare validi gli argomenti addotti al fine di concludere che non vi è una condizione tale per cui la domanda per concordato preventivo abbia ad oggetto una situazione sostanziale che rappresenti un fatto costitutivo o un elemento fondante della situazione sostanziale esaminata nel procedimento per la liquidazione giudiziale; anche ponendosi nella logica della pregiudizialità c.d. *negativa*, nel senso, cioè, che intanto può esistere il rapporto sostanziale oggetto della causa pregiudicata in quanto non esista quello della causa pregiudicante[46]. D'altro canto, pur con i dovuti adattamenti, sembra costruita su questo ragionamento l'idea (esposta, in verità, prima del nuovo c.c.i.) che le ragioni della impossibilità di dichiarare il fallimento vadano recuperate nella mancanza, nel merito, della condizione del definitivo stato di insolvenza, atteso che fino ai provvedimenti che chiudono negativamente la procedura di concordato essa è solo temporanea

e compatibile con un suo superamento in via negoziale[47]. Fermo, infatti, quanto già evidenziato in merito alla difficoltà di intendere dedotto in giudizio con le domande un rapporto sostanziale in senso stretto, non pare possibile affermare che la domanda di liquidazione giudiziale abbia come elemento costitutivo (negativo) l'assenza delle condizioni per l'accesso alla procedura di concordato preventivo, visto che il debitore può presentare la domanda per la procedura negoziale (oltre che a fronte del proprio stato di generica crisi) anche in presenza della medesima incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni che giustifica proprio la soluzione liquidatoria[48].

Il favore per la trattazione anticipata della procedura concordata, pertanto, continua ad atteggiarsi come scelta di opportunità di politica legislativa compiuta in coerenza con la logica sottesa alla riforma di privilegiare gli strumenti negoziali di soluzione della crisi, senza stravolgere in termini di dipendenza in senso stretto il rapporto tra le domande.

Piuttosto, sul presupposto che l'art. 7 c.c.i. stabilisca la riunione per i procedimenti pendenti innanzi lo stesso giudice o ufficio, resta comunque il tema della disposizione applicabile alle ipotesi di procedimenti introdotti davanti a giudici diversi. In questi casi, nell'immaginabile movimento tra la tesi che richiama l'art. 39, comma 2, c.p.c. (intendendo i rapporti tra le procedure in termini di continenza) ovvero l'art. 40 c.p.c. (qualificandoli come di connessione), un ulteriore sforzo chiarificatore del legislatore sarebbe stato opportuno[49].

[44] V. Pagni, *L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, 549 ss.

[45] Pare sollevare indirettamente il dubbio Boggio, *L'accesso*, cit., 1954.

[46] Cfr. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 110.

[47] Sotgiu, *Sull'accertamento*, cit., 1244, che parla infatti di «pregiudizialità impropria, non essendo la stessa conseguenza degli effetti di giudicato della pronuncia che definisce la 'causa' pregiudiziale, ma dipendendo invece la stessa dalla circostanza che il decreto che omologa il concordato [...] modifica i rapporti sostanziali tra debitore e creditore [...]».

[48] A differenza dell'art. 160, comma 1, l. fall., che richiede il solo stato di crisi, ai sensi del nuovo art. 85 c.c.i., infatti, «Per proporre il concordato l'imprenditore, soggetto a liquidazione giudiziale [...], deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza», ora rispettivamente definite dall'art. 2, lett. a) e b), c.c.i. come «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» e come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». Sulla possibilità, nella *legge fallimentare* attualmente ancora vigente, di espandere il concetto di stato di crisi fino a ricomprendervi anche di quello di insolvenza, v. *supra* sub nota 26.

[49] Cfr. Pagni, *op. ult. cit.*, 554.

LA MEDIAZIONE NELL'EMERGENZA COVID

La mediazione al tempo dell'emergenza

di Francesca Cuomo Ulloa

DEL 20 MAGGIO 2020

Sommario

1. L'emergenza Covid e la giustizia civile
2. La mediazione nell'emergenza e le procedure telematiche
3. La sottoscrizione dei verbali telematici
4. Gli altri procedimenti adr
5. La mediazione come alternativa al processo nel tempo dell'emergenza

1. L'emergenza Covid e la giustizia civile

L'emergenza sanitaria provocata dall'epidemia di Coronavirus ha prodotto importanti ripercussioni anche sul sistema giurisdizionale. Dopo la notizia del contagio che aveva determinato l'interruzione dell'attività di alcuni uffici per consentirne la sanificazione, la repentina diffusione del virus ha comportato la progressiva limitazione degli accessi ai palazzi di giustizia su tutto il territorio nazionale; al contempo, dopo l'iniziale rinvio delle sole udienze alle quali avrebbero dovuto partecipare parti e avvocati provenienti dalla prima zona rossa^[1], le richieste di rinvio si sono generalizzate di pari passo con la diffusione dell'epidemia, rendendo di fatto impossibile il regolare esercizio della funzione giurisdizionale.

Per fronteggiare l'emergenza il Governo ha quindi approvato un primo intervento urgente, prevedendo - sul fronte della giustizia civile - una (imprecisa ed incompleta) sospensione dei termini processuali ed un contestuale differimento delle udienze non urgenti^[2]. Correggendo le lacune di questo primo intervento, il Governo è quindi nuovamente intervenuto, con il [d.l. n. 18 del 17 marzo 2020](#) dettando norme più precise per il regime del periodo di emergenza: è stata così prevista la sospensione di tutti i termini per i procedi-

menti dal 9 marzo al 15 aprile ed il contestuale rinvio d'ufficio delle udienze già fissate entro tale periodo salva la possibilità di celebrare le sole attività urgenti e indifferibili^[3] per consentire lo svolgimento delle quali sono state dettate ulteriori prescrizioni e attribuiti specifici poteri ai capi degli uffici giudiziari volti a contrastare l'emergenza epidemiologica ed a contenerne gli effetti negativi.

In questo secondo più meditato intervento il Governo ha opportunamente inserito anche una previsione relativa alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie per le quali nulla era stato previsto nel primo decreto. Il [comma 20 dell'art. 83](#) ha così previsto che per il periodo di cui al [comma 1](#) (e dunque dal 9 marzo e al 15 aprile) sono sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di **mediazione** ai sensi del [decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28](#), nei procedimenti di **negoiazione assistita** ai sensi del [decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 10 novembre 2014, n. 162](#), nonché in **tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale** delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando i predetti procedimenti siano stati promossi entro il 9 marzo 2020 e quando costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sono conseguentemen-

[1] V. [d.l. 2 marzo 2020 n. 9 art. 10](#) che ha previsto la sospensione dei termini perentori legali e convenzionali, sostanziali e processuali... per i soggetti con residenza o sede operativa ovvero con attività lavorativa, produttiva o funzioni nei comuni della zona rossa. Il d.l. è stato abrogato dall'[art. 1 della l. 24 aprile 2020, n. 27](#) per cui restano comunque validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del d.l. stesso.

[2] V. [d.l. 8 marzo 2020 n. 11](#) recante «*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*», abrogato dall'[art. 1 della l. 24 aprile 2020, n. 27](#) per cui però restano comunque validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del d.l. stesso.

[3] V. art. [83](#), commi [1](#) e [2](#), nonché comma [3](#) d.l. 18/20 per l'individuazione delle attività urgenti e non differibili.

te sospesi i termini di durata massima dei medesimi procedimenti".

In pendenza del termine per la conversione del decreto 18/03, ed a fronte del permanere dell'emergenza il Governo ha quindi emanato il [decreto n. 23 dell'8 aprile 2020](#) (cd. decreto liquidità) che, oltre ad introdurre previsioni di rilievo per l'accesso al credito e per le imprese, all'[art. 36](#) contiene anche la proroga del periodo di sospensione dei termini processuali già fissato al 15 aprile, fino all'11 maggio 2020 precisando che le nuove disposizioni si applicano in quanto compatibili anche ai procedimenti di cui ai commi [20](#) e [21](#) dell'[art. 83](#) del d.l. 18 del 2020 e così dunque anche ai procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie[4].

Nel frattempo, è stato avviato l'iter di conversione del [d.l. n. 18 del 17 marzo 2020](#) che si è concluso con l'approvazione della [legge n. 27 del 27 aprile 2020](#)[5]; grazie ad una serie di emendamenti inseriti in sede di conversione la legge ulteriormente precisa i contorni del regime emergenziale per la giustizia civile, stabilendo nuove disposizioni per agevolare lo svolgimento "a distanza" di alcune attività connesse all'esercizio della tutela giurisdizionale: così in particolare, oltre alla disciplina dello svolgimento delle udienze da remoto e tramite trattazione scritta (già prevista nel d.l. 83 e ora più dettagliata nell'emendamento inserito nella legge di conversione[6]) è previsto all'[art. 83](#) un nuovo [comma 20 ter](#) che, per la durata della fase emergenziale, consente alla parte di rilasciare al proprio difensore la procura alle liti *a distanza*, sottoscrivendola analogicamente e trasmettendola a mezzo mail (anche non certificata) all'avvocato che potrà poi autenticare la firma del cliente, consentendo l'avvio del giudizio sen-

za necessità di un incontro fisico tra la parte ed il difensore. Sul fronte degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie la legge di conversione interviene poi sul [comma 20](#), ampliando ed al contempo precisando i contorni del regime di sospensione già adottato con il d.l. 18 ed inserendo un nuovo [comma 20 bis](#) che, in continuità con quanto previsto dal sopra richiamato [comma 20 ter](#) (e con la volontà di promuovere lo svolgimento di attività a distanza) per un verso agevola la possibilità per i mediatori di svolgere la mediazione da remoto (in particolare per il periodo emergenziale fino al 30 giugno) e, per altro verso, consente agli avvocati di autenticare (con la propria firma digitale) la sottoscrizione dei propri clienti sui verbali e sugli accordi di conciliazione anche ai fini della esecutorietà *ex art. 12 d. lgs. 28/2010*[7]. Nel quadro normativo così delineato, si è infine inserito il [d.l. 30 aprile 2020, n. 28](#) che, ulteriormente intervenendo sulla disciplina della sospensione dei termini già prevista dal [d.l. 18/20](#) ha sostituito nel [comma 20](#), il riferimento alla data del 15 aprile 2020 con quella dell'11 maggio 2020 (coordinando dunque questa disposizione con quella prevista dal [d.l. 23/20](#)), sostituendo altresì in tutto l'[art. 83](#) e così dunque anche nel [comma 20 bis](#) (riguardante la mediazione e l'adr) ogni riferimento alla data del 30 giugno con la data del 31 luglio 2020[8].

2. La mediazione nell'emergenza e le procedure telematiche

La rapida evoluzione della disciplina emergenziale dell'*Alternative dispute resolution* culminata nell'approvazione della legge di conversione appare certamente apprezzabile, avendo il legislatore progressivamente corretto le imprecisi-

[4] V. [d.l. 8 aprile 2020, n. 23](#) recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali» che all'[art. 36](#) prevede che il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'articolo [83](#), commi [1](#) e [2](#), del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020. Conseguentemente il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020, precisando poi che dette disposizioni si applicano, in quanto compatibili, ai procedimenti di cui ai commi [20](#) e [21](#) dell'articolo [83](#) del d.l. n. 18 del 2020.

[5] [Legge 24 aprile 2020, n. 27](#)

[6] V. [art. 83, comma 7, lett. f](#) nonché [comma 11 -bis](#) per i procedimenti civili innanzi alla Corte di cassazione.

[7] Nella legge di conversione è stato per la prima volta disciplinato anche il regime *emergenziale* per gli arbitrati rituali ai quali le disposizioni contenute nell'[art. 83](#) si applicano «*in quanto compatibili*».

[8] V. [d.l. 30 aprile 2020, n. 28](#) in GU Serie Generale n.111 del 30 aprile 2020 recante «*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*», in part. art. 3 che - coordinando il testo del [d.l. 18/20](#) (e della successiva l. di conv.) con quello del [d.l. 23/20](#) - ha sostituito nel comma 20 del primo decreto il riferimento alla data del 15 aprile con quello alla data del 11 maggio: così superando l'incertezza che avrebbero potuto sorgere in merito alla durata della sospensione dei termini prevista per i procedimenti stragiudiziali. Singolare peraltro che il d.l. 28 sia intervenuto sul regime dei procedimenti stragiudiziali, mentre non abbia modificato il [comma 2 del d.l. 18](#) relativo ai procedimenti giudiziali per i quali dunque la proroga della sospensione dei termini fino all'11 maggio (non recepita in sede di conversione del [d.l. 18/20](#)) risulta tuttora affidata al [d.l. 23/20](#).

sioni e colmato i vuoti lasciati dai primi interventi. La norma dettata dal [comma 20 del d.l. 18/20](#), in effetti, aveva un ambito di applicazione ingiustificatamente limitato: se è vero, infatti, che essa riguardava, oltre ai procedimenti di mediazione e negoziazione assistita, anche e più genericamente gli altri procedimenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie previsti dalla legislazione vigente, altrettanto vero è però che essa subordinava l'applicazione della sospensione ad una duplice condizione: che si trattasse cioè di procedimenti che costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale e che gli stessi fossero già pendenti alla data del 9 aprile (data di entrata in vigore del [d.l. 11/20](#) che, come detto non riguardava i procedimenti alternativi, ma cui il secondo decreto ha comunque fatto retroagire tutti i propri effetti). La sospensione prevista dalla norma non si poteva pertanto applicare né ai procedimenti obbligatori avviati dopo il 9 marzo né ai procedimenti stragiudiziali di tipo facoltativo (si pensi alla mediazione o alle negoziazioni assistite avviate al di fuori delle materie indicate rispettivamente nell'art. 5, comma 1 *bis* e dall'art. 4 del d.l. 132/14, ma anche ad altri procedimenti quali ad esempio quelli in materia di consumo o i procedimenti in materia di lavoro) fossero es-

si già pendenti a quella data o avviati successivamente^[9]. D'altro canto, la disciplina dettata per i procedimenti alternativi stabiliva soltanto una sospensione dei termini per il compimento delle attività senza prevedere alcun rinvio delle attività stesse, lasciando almeno in teoria aperta la possibilità che gli incontri e le udienze potessero o addirittura dovessero essere svolti *regolarmente* anche nel periodo emergenziale. Opportunamente dunque la legge di conversione^[10] è intervenuta per superare le incongruenze di queste limitazioni che, ove applicate letteralmente, avrebbero consentito o forse addirittura imposto alle parti e ai gestori dei procedimenti non coperti dalla normativa emergenziale di rispettare i termini previsti per le procedure avviate dopo il 9 marzo e comunque di proseguire le attività, in contrasto con le finalità di prevenzione della diffusione del contagio perseguite dalla decretazione d'urgenza^[11]. Con l'emendamento al [comma 20 dell'art. 83](#), il regime di sospensione dei termini è stato infatti esteso a tutti i procedimenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie, senza più fare riferimento alla loro natura obbligatoria e prevedendo espressamente che essa riguardi tutti le procedure già pendenti al 9 marzo o avviate dopo tale data^[12].

[9] L'eventuale termine di quindici giorni previsto dall'art. 5, comma 1 *bis* e 2 per l'avvio della mediazione demandata dal giudice dovrebbe invece considerarsi in ogni caso sospeso in forza della previsione contenuta nel [comma 2 dell'art. 83](#) trattandosi di un termine processuale.

[10] [Art. 83, comma 20](#) Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 sono altresì sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del [decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28](#), nei procedimenti di negoziazione assistita ai sensi del [decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 10 novembre 2014, n. 162](#), nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando i predetti procedimenti siano stati introdotti o risultino già pendenti a far data dal 9 marzo fino al 15 aprile 2020. Sono conseguentemente sospesi i termini di durata massima dei medesimi procedimenti. 20-bis. Nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'[articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28](#), mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svolto in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'[articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28](#). 20-ter. Fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione del contagio da COVID-19, nei procedimenti civili la sottoscrizione della procura alle liti può essere apposta dalla parte anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica. In tal caso, l'avvocato certifica l'autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica della procura. La procura si considera apposta in calce, ai sensi dell'[articolo 83 del codice di procedura civile](#), se è congiunta all'atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia.

[11] È evidente che se la sospensione dei termini avesse riguardato soltanto le procedure obbligatorie promosse prima del 9 aprile, per le procedure facoltative e per quelle obbligatorie attivate dopo il 9 marzo avrebbero trovato applicazione i termini previsti dalla disciplina ordinaria, per rispettare i quali i "partecipanti" sarebbero stati costretti ad affrontare le attività e gli spostamenti che la norma ha inteso prevenire (e così ad esempio se una parte avesse depositato una domanda di mediazione il 12 marzo, il primo incontro avrebbe dovuto fissarsi entro il 12 aprile e la procedura avrebbe dovuto concludersi comunque entro il 12 giugno, senza beneficiare di alcuna sospensione). Meno problematica sarebbe invece risultata l'applicazione della norma ove si fosse potuta accogliere una lettura alternativa della norma, ritenendo che le due condizioni indicate fossero tra loro alternative: la sospensione avrebbe allora riguardato un ambito più ampio, posto che sarebbe stata destinata ad operare per tutte le procedure stragiudiziali iniziate prima del 9 marzo fossero esse obbligatorie o facoltative, mentre per quelle iniziate dopo tale data, avrebbe riguardato le sole procedure che costituiscono condizione di procedibilità.

[12] Le situazioni più problematiche che potevano verificarsi prima della approvazione della legge di conversione erano diverse. In particolare, per i procedimenti

A titolo di esempio saranno pertanto soggetti (anche retroattivamente) alla sospensione emergenziale, i termini previsti per i procedimenti di mediazione e negoziazione anche al di fuori delle materie obbligatorie, quelli relativi ai procedimenti davanti all'ABF e all'ACF, e così pure quelli previsti per i procedimenti di conciliazione in materia di lavoro, di utenze telefoniche, in materia agraria, nonché quelli dei procedimenti per l'assegnazione dei nomi a dominio e quelli in materia di consumo. Per tutti i procedimenti sono inoltre sospesi anche i termini di durata massima eventualmente stabiliti dalla legge, termini per lo più considerati derogabili dalle parti, che verranno in ogni caso prorogati, al pari dei termini previsti per il compimento di singoli atti di 64 giorni (tanto con riferimento ai termini per il compimento degli atti quanto per i termini di durata massima, la sospensione opererà infatti per il periodo dal 9 marzo al 11 maggio, avendo come detto il [d.l. 28/20](#) coordinato la previsione contenuta nel [d.l. 18/20](#), che faceva riferimento al 15 aprile con quella stabilita dal [d.l. 23/20](#) che proroga all'11 maggio 2020 il periodo di sospensione^[13]): così ad esempio di 64 giorni sarà esteso il termine massimo di 3 mesi previsto dall'[art. 6 del d. lgs. 28/2010](#) per lo svolgimento della mediazione che sia stata avviata prima del 9 marzo; la sospensione avrà invece una durata inferiore per le mediazioni avviate dopo il 9 marzo, per le quali il termine di tre mesi (sospeso fino all'11 maggio) comincerà a decorrere dal 12

La legge di conversione non ha invece alterato il meccanismo su cui si basa il regime emergenziale per i procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie: anche nella legge di conversione, infatti, la sospensione continua a riguardare solo il decorso dei termini per il compimento delle attività e il termine di durata massima, mentre non è previsto alcun rin-

vio automatico delle attività stesse, né degli incontri che hanno luogo nel corso di quei procedimenti. L'incertezza che tale disposizione aveva creato - non essendo chiaro in particolare se e come gli incontri previsti e già fissati potessero o dovessero svolgersi nel periodo emergenziale - è stata però affrontata dalla legge di conversione che, almeno con riferimento alla mediazione, ha indicato la soluzione percorribile nel perdurare dell'emergenza sanitaria: il nuovo comma 20 *bis* prevede, infatti, che nel periodo dal 9 marzo al 31 luglio (termine, come detto, così posticipato dal [d.l. 28/20](#) e che dunque copre un periodo più ampio rispetto a quello della sospensione dei termini, fino a che si prospetta il permanere di limitazioni e divieti dettati da esigenze di prevenzione della diffusione del virus) gli incontri di mediazione potranno *in ogni caso* svolgersi, con il consenso delle parti, per via telematica.

Fino al 31 luglio, dunque, le attività connesse allo svolgimento di procedimenti di mediazione - i cui termini godono comunque del regime di sospensione fino all'11 maggio - potranno, con il consenso delle parti, proseguire da remoto, avvalendosi delle modalità telematiche di comunicazione a distanza, per svolgere incontri di mediazione senza necessità di spostamenti o conferenze personali. La stessa norma prevede però anche che, una volta cessata la fase emergenziale, gli incontri di mediazione potranno continuare a svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, potendosi ipotizzare che questa modalità - sicuramente preziosa nell'immediato futuro - risulterà altrettanto utile nelle fasi di post emergenza quando, cessati i divieti, le parti potranno comunque preferire partecipare a distanza agli incontri, evitando spostamenti più complessi da organizzare e comunque potenzialmente fonte di contagio.

avviati dopo il 9 marzo 2020, posto che il deposito delle domande di mediazione non era precluso (tanto più che molti organismi consentono il deposito telematico), si poneva il problema dello svolgimento dell'attività dell'organismo successiva al deposito della domanda (formazione del fascicolo, fissazione dell'incontro, nomina del mediatore e comunicazione della domanda) che, non operando alcuna sospensione, avrebbe dovuto proseguire *regolarmente*. Molti organismi in effetti hanno continuato ad operare da remoto e a gestire da remoto anche le comunicazioni, sul presupposto che, stando alla lettera dell'[art. 83, comma 20](#), i primi incontri avrebbero dovuto essere celebrati entro 30 giorni dal deposito della domanda e le procedure in esame avrebbero dovuto concludersi regolarmente entro tre mesi dal deposito della domanda: ferma la possibilità di procedere per via telematica per gli organismi che già prevedevano tale possibilità non era chiaro, però, come gestire le mediazioni davanti agli organismi che tale modalità non prevedevano o comunque in tutti i casi in cui le parti non erano in condizione di accedervi potendosi dubitare che potesse ritenersi soddisfatta la condizione di procedibilità qualora la parte invitata a partecipare all'incontro così fissato non avesse aderito; b) *Per le mediazioni già avviate prima del 9 marzo 2020* invece, si riteneva che - ferma la necessità di rinviare il primo incontro qualora la parte invitata non avesse ancora aderito (potendosi applicare la sospensione anche al *termine* costituito dal primo incontro, per aderire) - nel caso di adesione si sarebbe potuto svolgere il primo incontro (ove consentito dalle limitazioni imposte dalle Autorità e comunque sempre per via telematica presso gli organismi che già prevedevano questa eventualità) sia per dare atto della volontà di proseguire che di non proseguire; e allo stesso modo avrebbe potuto procedersi qualora la parte invitata, nonostante la sospensione avesse tempestivamente comunicato all'organismo la volontà di non aderire alla mediazione, potendo il primo incontro svolgersi nel rispetto delle limitazioni imposte dalla normativa emergenziale e dunque di regola con le modalità telematiche con la partecipazione del mediatore e della sola parte istante al solo scopo di attestare la mancata partecipazione dell'altra parte.

^[13] V. [d.l. 28/20 art. 3](#).

La modalità telematica di svolgimento della mediazione non è peraltro una novità introdotta dalla legislazione emergenziale, essendo la stessa già prevista e regolata dall'[art. 3, comma 4 del d. lgs. 28/2010](#) che già prevedeva che la mediazione potesse svolgersi in tutto o in parte per via telematica, stabilendo altresì all'[art. 16](#) che gli organismi dovessero disciplinare nei rispettivi regolamenti (soggetti all'approvazione del Ministero di Giustizia) le modalità telematiche *eventualmente* utilizzate *“in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni ed il rispetto della riservatezza dei dati”*.

Rispetto a quelle previsioni, la legge di conversione introduce tuttavia alcune significative innovazioni: per un verso, infatti, ed avuto riguardo al primo periodo emergenziale (fino a 31 luglio) la norma consente l'utilizzo delle modalità telematiche *in ogni caso*, alla sola condizione che vi sia il consenso delle parti; ciò significa che gli organismi, con il consenso delle parti, potranno (ed anzi *dovrebbero*: se la norma si intenda come preclusiva di diverse modalità ed in particolare della conferenza personale o comunque se la conferenza personale sia impedita da disposizioni delle autorità nazionali o locali o l'organismo non sia comunque in grado di assicurare il rispetto delle prescrizioni sanitarie) utilizzare la modalità telematica per proseguire la mediazione anche qualora il loro regolamento non lo prevedesse, avvalendosi dei sistemi telematici più idonei per svolgere gli incontri che non possono svolgersi in presenza.

Con riferimento al periodo successivo, invece, la previsione parrebbe rinviare nuovamente alla disciplina *“ordinaria”* contenuta nell'[art. 3 del d. lgs. 28/2010](#), rimandando dunque nuovamente ai regolamenti previsti dagli organismi ai quali si applicherà, in ogni caso, il principio (già peraltro implicitamente desumibile dal [d. lgs. 28/2020](#)) del necessario consenso delle parti: potendo la mediazione svolgersi per via telematica solo se le parti hanno manifestato la loro disponibilità a procedere in tale senso e potendosi altrimenti svolgere in conferenza personale.

La legge di conversione non dice invece nulla con riguardo alle tecnologie utilizzabili per lo svolgimento della mediazione a distanza: si può dunque auspicare che, considerato il repen-

tino sviluppo dei sistemi di videocomunicazione, sia consentito agli organismi individuare le piattaforme più adeguate che (fermo il rispetto della riservatezza che è principio comunque fondamentale nella mediazione) consentano un accesso sufficientemente agevole sia agli avvocati, sia soprattutto alle parti e che possibilmente non comportino costi aggiuntivi per lo svolgimento della mediazione (superando così alcune rigidità in passato mostrate dal Ministero rispetto all'adozione di piattaforme e sistemi di videoconferenza[14]). Con particolare riferimento al primo periodo di emergenza (cioè fino al 31 luglio) il fatto che la norma menzioni le modalità *telematiche* senza alcuna ulteriore specificazione potrebbe in effetti consentire il ricorso anche a sistemi di comunicazione diversi dalla videoconferenza, purché si tratti di sistemi che consentano un *incontro* (ancorché a distanza) tra le parti[15], potendosi tuttavia al riguardo rimarcare l'importanza che per la qualità della mediazione assume l'adozione di strumenti adeguati di confronto e di comunicazione.

Sotto altro profilo occorre poi sottolineare come il fatto che la nuova disciplina subordini lo svolgimento delle mediazioni a distanza al consenso delle parti, dovrebbe consentire di preservare i diritti di ciascuna di esse in tutte quelle situazioni in cui la partecipazione a distanza non sia possibile per ragioni tecniche o per difficoltà dei partecipanti ad accedere alle piattaforme utilizzate dagli organismi o comunque quando le parti non intendano avvalersi di questa modalità; in questi casi ed almeno con riferimento al periodo emergenziale (cioè fino al 31 luglio) gli incontri di mediazione dovrebbero essere rinviati, a meno che la situazione *“locale”* consenta di celebrare gli incontri in presenza o comunque fino a che le parti si dotino degli strumenti necessari per accedere alle piattaforme *online*[16]. Con l'ulteriore precisazione però che nel caso in cui la parte invitata, alla data fissata per l'incontro, non abbia aderito al procedimento né fornito alcun riscontro all'organismo, il mediatore potrebbe procedere per via telematica sulla base del consenso della sola parte istante, provvedendo all'esito dell'incontro (e previa verifica della regolarità della comunicazione della domanda) alla redazione per via telematica del verbale di mancata partecipazione[17].

[14] A questo riguardo occorre ricordare che il Ministero della Giustizia nell'esercizio del suo potere di vigilanza ha in passato escluso il ricorso a taluni sistemi di videoconferenza che non garantirebbero tali condizioni o non consentirebbero nemmeno il riconoscimento certo dei partecipanti.

[15] La modalità telematica, secondo le definizioni più ricorrenti è qualunque modalità di comunicazione che fa uso di reti informatiche, formate da una pluralità di dispositivi tra loro interconnessi mediante cavi telefonici o in fibra ottica.

[16] Ciò che tuttavia potrebbe implicare il superamento del termine di durata massima del procedimento che - nonostante la sospensione dal 9 marzo all'11 maggio - potrebbe non essere sufficiente a *coprire* eventuali rinvii degli incontri per i quali non vi sia il consenso delle parti a partecipare da remoto, legittimando la conclusione del procedimento senza accordo, se non vi sia il consenso delle parti a proseguire oltre la scadenza del termine.

[17] Non è chiaro se la norma richieda il consenso di *tutte* le parti per procedere per via telematica o se - come parrebbe preferibile per evitare strumentalizzazioni ed eccessivi ritardi - consenta a ciascuna parte di manifestare il consenso alla propria partecipazione per via telematica, potendo in alternativa chiedere di in-

Una volta cessata la prima fase del periodo emergenziale, invece, il rifiuto della parte di celebrare l'incontro a distanza dovrebbe comportare la necessità di celebrare l'incontro stesso in presenza^[18]; fermo restando che anche con riferimento al periodo post emergenza la mancata adesione della parte invitata potrà consentire al mediatore di procedere per via telematica (con il consenso della sola parte istante) per la redazione del verbale di mancata partecipazione.

3. La sottoscrizione dei verbali telematici

La legge di conversione introduce poi un'ulteriore previsione di fondamentale importanza per consentire la regolare prosecuzione delle mediazioni anche nella fase di emergenza. Uno degli aspetti più controversi della mediazione telematica, su cui già prima dell'emergenza erano sorti dubbi ed incertezze, riguardava, infatti, la sottoscrizione dei verbali, non essendo chiaro in che modo il mediatore potesse, come richiesto dall'[art. 11 d. lgs. 28/2010](#), certificare l'autografia delle sottoscrizioni apposte da parti che non si trovassero "nella stessa stanza" di mediazione; il ricorso alla firma digitale era ed è certamente un'alternativa valida se tutti i partecipanti ne siano provvisti; ma poco praticabile qualora le parti, come spesso avviene, non dispongano di quel dispositivo; per questi casi si ipotizzava quindi che il mediatore si potesse limitare ad attestare nel verbale eventuali modalità alternative di sottoscrizione (e così ad esempio dichiarare di aver assistito tramite la videoconferenza alla sottoscrizione del documento successivamente scansionato e trasmesso), nella consapevolezza che eventuali irregolarità nella redazione del "verbale di accordo" avrebbero però potuto inficiare l'efficacia esecutiva dell'accordo (ancorché non la sua validità), riducendo l'effettività del tentativo di mediazione. Particolarmente opportuna risulta allora la soluzione ac-

colta nella legge di conversione che mediante l'inserimento di un nuovo [comma 20 bis](#) attribuisce agli avvocati, nel caso di mediazione telematica, la funzione di "*dichiarare autografa*"^[19] la sottoscrizione dei propri clienti sottoscrivendo con firma digitale il verbale di mediazione e dichiarando al contempo la conformità dell'accordo all'ordine pubblico e alle norme imperative; il verbale così sottoscritto dovrà poi essere firmato digitalmente anche dal mediatore (che, nella mediazione a distanza, perde dunque la funzione di certificare la firma delle parti, ma conserva quella di sottoscrizione del verbale) per essere quindi trasmesso e conservato presso l'organismo, spiegando efficacia esecutiva ai sensi dell'[art. 12 del d. lgs. 28/2010](#).

Quanto poi alle modalità di perfezionamento del verbale, nel silenzio della norma, si può ipotizzare che il mediatore dopo aver redatto il verbale e l'allegato accordo (o recepito il testo che gli avvocati avranno confezionato) lo possa trasmettere agli avvocati delle parti che provvederanno a raccogliere le sottoscrizioni *analogiche* dei propri clienti (eventualmente anche da remoto: ma in questo caso è evidente che la parte dovrà essere dotata di stampante e scanner) e quindi a sottoscrivere digitalmente il *file* (presumibilmente uno dopo l'altro) e a restituirlo al mediatore^[20] che, a sua volta, apporrà la propria sottoscrizione digitale, dando così vita all'originale del verbale d'accordo che, ai sensi dell'[art. 12](#) e dell'[art. 83, comma 20 bis](#) costituirà titolo esecutivo. Resta salva la possibilità che gli avvocati - muniti di apposita procura sostanziale - sottoscrivano il verbale e l'eventuale accordo anche quali procuratori delle parti, con evidente semplificazione dell'iter di perfezionamento del procedimento.

Se questo è il meccanismo (un po' farraginoso, ma comunque praticabile) individuato dalla legge di conversione per la redazione e sottoscrizione del verbale di accordo, non

tervenire personalmente, sempre che l'organismo sia in grado di organizzare l'incontro nel rispetto delle disposizioni sanitarie vigenti; così ad esempio se la parte invitata non potesse collegarsi da remoto, ma volesse aderire al procedimento, il primo incontro potrebbe svolgersi anche prima del 31 luglio con la parte istante (ed eventualmente anche il mediatore) collegati da remoto e la parte invitata presente fisicamente all'organismo; ritenendo diversamente si dovrebbe ipotizzare il necessario rinvio oltre il 31 luglio per poter svolgere il primo incontro (e consentire all'istante di soddisfare la condizione di procedibilità), a meno di non ritenere che, trascorsi inutilmente 3 mesi dal deposito della domanda, la condizione sia comunque soddisfatta e l'istante possa agire in giudizio.

^[18] Vale anche per questo caso la considerazione svolta nella nota prec. in merito alla possibile diversificazione della posizione delle parti, potendosi ritenere che la parte che intenda partecipare per via telematica, lo possa fare anche quando l'altra parte intende invece essere presente presso la sede dell'organismo; mi pare, poi, che una volta cessata la fase di emergenza, sia opportuno che il mediatore sia presente presso l'organismo anche quando una o entrambe le parti partecipino da remoto.

^[19] La scelta di questo termine sembrerebbe voler escludere che in questo caso si abbia una vera e propria autentica della sottoscrizione (tale da attribuire all'accordo la forma della scrittura privata autentica).

^[20] Si può cioè immaginare che ciascun avvocato, ricevuto il verbale di accordo lo trasmetta al proprio cliente che lo sottoscriverà analogicamente e lo restituirà al professionista il quale potrà apporre la sua firma digitale e lo invierà al mediatore che, ricevuti i due file dagli avvocati li sottoscriverà entrambi con propria firma digitale (ed in questo modo il verbale sarà composto dai due file); in alternativa si può immaginare che il verbale di accordo venga dapprima sottoscritto da entrambi i clienti (tramite scambio tra gli avvocati), dopo di che il file contenente le due firme venga sottoscritto digitalmente dagli avvocati e da ultimo dal mediatore; v. al riguardo le linee guida indicate da Unam (reperibili su www.unam.it)

del tutto chiaro è invece come la soluzione si possa inserire nelle maglie dell'attuale disciplina dell'esecuzione forzata: premessa al riguardo la necessità di trascrivere il titolo nel precetto ai sensi dell'[art. 12, del d. lgs. 28/2010](#) come modificato dal [d.l. 132/14](#), conv. in [l. 162/14](#), occorre cioè verificare come il titolo digitale possa essere utilizzato per procedere alla notificazione del precetto e dare avvio all'esecuzione, stante l'impossibilità per l'avvocato di attestare la conformità all'originale della copia cartacea al di fuori del sistema del pct, potendosi al riguardo auspicare l'adozione di modalità che consentano all'ufficiale giudiziario di verificare (comunque, anche avvalendosi dei supporti informatici) la conformità al titolo originale, permettendo in ogni caso alla parte di dare avvio all'eventuale esecuzione senza ulteriori difficoltà.

Resta invece allo stato irrisolta la questione per la mediazione volontaria alla quale, come noto le parti possono partecipare senza l'assistenza di un avvocato: premesso che, per effetto della legge conversione, si applicherà anche a questi procedimenti la sospensione dei termini per lo svolgimento delle attività e del termine massimo di durata, e che anche per questi procedimenti dovrà valere la possibilità di svolgere gli incontri per via telematica (con il consenso di tutte le parti coinvolte), nel caso in cui la parte partecipi senza avvocato non potrà invece trovare applicazione il meccanismo della *autenticazione* delle sottoscrizioni previsto dal [comma 20 bis](#). Si tratta allora di comprendere se in questo caso il mediatore possa certificare le sottoscrizioni delle parti benché apposte da remoto (ipotesi che tuttavia parrebbe esclusa dal [comma 20 bis](#) che tale funzione riserva agli avvocati) o se - non potendo assistere alla firma delle parti, il mediatore non possa che dare atto dell'impossibilità di certificare la sottoscrizione (o dell'impossibilità delle parti di sottoscrivere l'accordo: come in effetti prevedeva già l'[art. 11 del d. lgs. 28/2010](#)), potendosi tuttavia quanto meno dubitare della sussistenza in questi casi, del requisito della regolarità formale cui l'[art. 12](#) seconda parte subordina la concessione dell'*ex-*

quatur da parte del giudice.

4. Gli altri procedimenti adr

Come accennato, la legge di conversione non contiene alcuna previsione specifica per lo *svolgimento* degli altri procedimenti di risoluzione delle controversie diversi dalla mediazione, limitandosi a generalizzare per tutti i procedimenti anche facoltativi già pendenti o promossi dopo il 9 marzo, la sospensione di tutti i termini per lo svolgimento delle attività già prevista nel [d.l. 18/20](#) per i soli procedimenti *obbligatori* iniziati prima del 9 marzo. Mi pare peraltro che anche a prescindere dalla introduzione di specifiche previsioni in tal senso la modalità telematica e più in generale gli strumenti di comunicazione da remoto potranno essere utilizzati, con il consenso delle parti e salvi gli effetti della sospensione dei termini, anche in questi procedimenti le cui attività (al pari di quelle che si svolgono nella mediazione) non risultano automaticamente rinviate o sospese; alcuni di questi procedimenti del resto già si svolgevano con modalità (esclusivamente) telematiche o comunque senza incontri tra le parti: penso in particolare alle conciliazioni in materia di utenze telefoniche gestite dai Co.Re.Com attraverso l'apposita piattaforma *conciliaweb* (che peraltro prevede anche una modalità particolare di perfezionamento dell'accordo telematico che pure costituisce titolo esecutivo)^[21]; ma anche ai procedimenti che si svolgono davanti all'ABF e all'ACF per la soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria, nei quali il contraddittorio si realizza in forma scritta, così come in forma scritta viene formulata e comunicata la decisione del collegio arbitrale cui le parti potranno prestare la loro adesione, senza necessità di comparire o incontrarsi. Anche per ciò che riguarda la negoziazione assistita la soluzione prevista dal decreto (e perfezionata con la legge di conversione) parrebbe sufficiente per fronteggiare l'emergenza a prescindere da una disposizione specifica che regoli lo svolgimento delle attività: sospeso il termine per rispondere all'invito per tutta la durata dell'emergenza^[22] e sospe-

^[21] La disciplina del procedimento (cui le parti accedono mediante SPID o autenticandosi per il singolo procedimento) prevede che il verbale di conciliazione (che costituisce titolo esecutivo) sia sottoscritto dalle parti (che non necessariamente sono assistite dal difensore) "*mediante firma elettronica o altra modalità telematica idonea a garantirne la provenienza ai sensi delle disposizioni vigenti*" e dal conciliatore mediante firma digitale. Lo stesso regolamento prevede però anche che nel caso in cui "*non sia possibile firmare il verbale per impedimento tecnico o altra causa di forza maggiore, trascorse 24 ore dalla trasmissione del verbale alle parti il Conciliatore firma il verbale attestando che lo stesso è stato redatto sulla base di quanto avvenuto nel corso dell'udienza e specificando i motivi della mancata sottoscrizione*" (v. Delibera n. 339/18/CONS recante il "*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma ConciliaWeb, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, dell'Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l'esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*"): previsione questa che potrebbe risultare utile nella fase di emergenza consentendo al conciliatore di perfezionare la conciliazione anche senza le sottoscrizioni delle parti.

^[22] Questo significa che fino a che perdura la sospensione non dovrebbe formarsi il silenzio "diniego" di cui all'[art. 3 comma 2 del d.l. 132/14](#), non potendosi considerare soddisfatta la condizione di procedibilità per controversie indicate al comma 1; ovviamente la condizione sarebbe soddisfatta qualora a prescindere dal-

so altresì, per le negoziazioni già avviate, il termine per concludere il procedimento, spetterà agli avvocati che assistono le parti valutare, anche sulla base di quanto previsto nella loro convenzione, se e come avviare o proseguire le negoziazioni avviate o già *pendenti* durante il periodo dell'emergenza e dunque fino al 31 luglio; del resto, premesso che nella [l. 162/14](#) nulla è detto con riferimento alle modalità di svolgimento della negoziazione, eventuali incontri alla presenza delle parti e degli avvocati potrebbero svolgersi - presso lo studio del professionista - solo se ciò sia consentito dalle Autorità e nel rispetto delle prescrizioni sanitarie; mentre dovrebbe essere sempre consentito svolgere gli incontri per via telematica (anche ed eventualmente con la partecipazione a distanza delle parti) oltre che - come spesso avviene - procedere nella trattativa mediante semplice scambio di corrispondenza o via filo, non essendo comunque richiesta la compresenza né per il soddisfacimento della condizione di procedibilità né per l'efficace svolgimento della negoziazione. Più problematico potrebbe invece essere l'eventuale perfezionamento dell'accordo, dal momento che la disposizione su cui prima ci si è soffermati riguarda la sola sottoscrizione «a distanza» degli accordi di mediazione, mentre nulla viene specificato con riferimento alla sottoscrizione degli eventuali accordi di negoziazione assistita che pure - con la sottoscrizione degli avvocati - costituiscono titolo esecutivo, devono essere depositati presso gli ordini di appartenenza e, nella materia familiare, debbono anche essere trasmessi all'ufficiale di stato civile ai sensi dell'[art. 6 del d.l. 132/14](#) conv. in [l. 162/14](#). Qualora non si ritenesse di poter applicare analogicamente la previsione dettata per la mediazione dal [comma 20 bis](#) o quella dettata dal [comma 20 ter](#) per l'autentica della procura alle liti (consentendo agli avvocati di certificare anche da remoto la sottoscrizione dei propri assistiti sull'accordo di conciliazione raggiunto all'esito della negoziazione), si renderà dunque necessaria la sottoscrizione in presenza dell'accordo il cui perfezionamento sarà dunque condizionato alla possibilità di realizzare un incontro fisico tra le parti e gli avvocati.

5. La mediazione come alternativa al processo nel tempo

la sospensione la parte invitata comunicasse la propria volontà di non sottoscrivere la convenzione; mentre nel caso in cui la parte manifesti la volontà di sottoscrivere la convenzione si porrà il problema della certificazione delle sottoscrizioni (ai sensi dell'[art. 2, comma 2, n. 6](#)) cui gli avvocati potrebbero non essere in condizione di provvedere in presenza (potendosi anche in questo caso auspicare l'applicazione analogica del [comma 20 bis](#) o comunque del [comma 20 ter](#) che, pur dettato per la autentica della procura alle liti, parrebbe individuare un meccanismo utilizzabile anche al di fuori di quella ipotesi per lo meno in fase di emergenza).

[23] V. Cass. [27 marzo 2019, n. 8473](#) secondo cui la parte «che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista»

dell'emergenza

Concluso l'esame della disciplina emergenziale, è possibile formulare qualche considerazione di ordine più generale su come la mediazione e gli altri procedimenti alternativi possano *funzionare* in questa situazione di emergenza: come cioè la situazione generata dall'epidemia del Coronavirus possa incidere sul funzionamento dei procedimenti adr, ma anche come questi procedimenti possano contribuire ad affrontare la situazione creata dall'epidemia, concorrendo con gli altri strumenti *ordinari* a risolvere le liti generate dall'emergenza. Avuto riguardo in particolare alla mediazione (su cui più incisivamente interviene la normativa emergenziale) si tratta innanzitutto di verificare come le modalità di svolgimento del procedimento siano destinate a mutare nel regime emergenziale e post emergenziale. Si è già detto che la possibilità di svolgere gli incontri a distanza (si tratti di primi incontri o di incontri di prosecuzione della mediazione) dovrebbe costituire l'alternativa privilegiata al rinvio (se non l'unica alternativa ove le disposizioni sanitarie nazionali o locali non consentano di organizzare incontri presso l'organismo) nella fase di emergenza, mentre potrà rappresentare un'alternativa valida anche quando, cessata l'emergenza, le parti potranno preferire questa soluzione (più economica e sicura) all'incontro in presenza.

Se si vuole promuovere il ricorso alla mediazione e favorire il suo efficace funzionamento diventa dunque essenziale garantire l'accessibilità alle piattaforme privilegiando modalità telematiche di semplice fruizione per gli utenti: l'alternativa telematica sarà, infatti, tanto più preziosa e vantaggiosa quanto più sarà possibile per le parti partecipare agli incontri, anche senza recarsi nello studio dell'avvocato, collegandosi dal proprio domicilio e intervenendo così direttamente all'incontro con il mediatore e l'altra parte. Ovviamente il problema della partecipazione personale potrebbe essere aggirato se la parte (che abbia difficoltà a collegarsi telematicamente) si facesse rappresentare all'incontro telematico da persona in grado di accedere agevolmente da remoto e così in particolare dal proprio avvocato che - in coerenza con quanto di recente precisato dalla Cassazione - la potrebbe sostituire in forza di una procura sostanziale[23]; si tratta tutta-

via di una soluzione solo in parte soddisfacente, essendo nota l'importanza che la presenza e la partecipazione delle parti assumono ai fini della efficace esplorazione degli interessi e della ricerca della soluzione della lite; a questo riguardo occorre del resto segnalare che l'avvocato cui la parte intendesse conferire la procura non potrebbe comunque autenticare la sottoscrizione del cliente con le modalità che il nuovo [comma 20 ter](#) ha previsto per la sola procura alle liti: riproponendosi dunque anche in questo caso la questione della idoneità della procura non autenticata a conferire il potere di rappresentanza della parte in mediazione.

Al di là dei problemi di accessibilità, la modalità telematica solleva poi ulteriori questioni, la più delicata delle quali attiene alla riservatezza e alla confidenzialità delle informazioni; mentre gli organismi possono agevolmente controllare gli incontri che si svolgono presso le loro sedi, più complesso è garantire la riservatezza di quelli che si svolgono da remoto, non potendosi verificare l'eventuale presenza di terzi "dietro la videocamera"; il problema tuttavia non mi pare debba essere sopravvalutato: ferma la necessità che il mediatore richiami le parti al rispetto del principio in esame, saranno infatti le parti a dover assumere l'impegno in tal senso dichiarando, sotto la propria responsabilità che nessun estraneo stia assistendo all'incontro; ogni forma di registrazione degli incontri resta del resto vietata sia da parte del mediatore che delle parti, fermo restando che eventuali registrazioni e riproduzioni dell'incontro sarebbero illecite e non producibili in giudizio, così come non potrebbero essere assunte prove testimoniali aventi ad oggetto le dichiarazioni rese dalle parti nel corso degli incontri telematici, permanendo inalterato il divieto di utilizzare nel successivo processo tra le parti le informazioni emerse nella mediazione.

Superate le difficoltà tecniche occorre poi capire come la mediazione, che notoriamente affonda le sue radici nella comunicazione, nel dialogo e nell'ascolto possa adattarsi all'ambiente virtuale e alle diverse modalità comunicative che in quel contesto si possono instaurare. Per quanto efficace e tecnicamente avanzato lo svolgimento di un incontro virtuale è infatti *mediato* dai supporti informatici che inevitabilmente alterano le dinamiche della comunicazione ver-

bale e non verbale^[24]: quest'ultima in particolare risulta limitata a ciò che la videocamera consente di trasmettere (e così ad esempio è più difficile cogliere la gestualità se la videocamera inquadra solo il volto; le espressioni del viso sono solo limitatamente percepibili se lo schermo non è sufficientemente ampio e più persone sono contemporaneamente collegate; mentre il contatto visivo tra gli interlocutori è reso alquanto difficoltoso attraverso la telecamera^[25], essendo pressoché impossibile realizzare il *gioco degli sguardi* che spesso si riesce ad attuare nella mediazione in presenza); d'altro canto lo scambio verbale risulta necessariamente rallentato ed alterato, non solo per via dei difetti e delle interruzioni nelle connessioni e dei rumori di fondo che spesso distraggono i partecipanti o impediscono loro di sentire, ma anche e soprattutto per la difficoltà che possono incontrare le persone a parlare «normalmente» attraverso uno schermo, senza considerare le maggiori difficoltà che inevitabilmente incontra il mediatore nel regolare l'ordine degli interventi per evitare sovrapposizioni difficilmente *mediabili* nelle stanze virtuali^[26].

Esistono tuttavia alcune strategie che possono contribuire a migliorare l'efficienza della mediazione virtuale o quanto meno a ridurre il gap comunicativo creato dalla distanza telematica per colmare il quale tuttavia non ritengo si debba pretendere di replicare nell'ambiente virtuale ciò che accadrebbe in un incontro reale, ma - questo suggerisce l'esperienza maturata anche prima dell'emergenza - cercare di adattare la mediazione al contesto virtuale, sfruttando caratteristiche e vantaggi della comunicazione telematica per aumentare l'efficienza dell'interazione tra le parti: così ad esempio, non essendo necessari spostamenti, si potrà aumentare il numero degli incontri, riducendone la durata a utilizzando al meglio gli intervalli tra l'uno e l'altro incontro; la gestione dei singoli incontri richiederà maggiore programmazione, un'agenda più definita e un uso migliore del tempo e dello spazio; le sessioni riservate potrebbero essere privilegiate rispetto alle più dispersive sessioni congiunte; nel rispetto della riservatezza si potrebbe inoltre utilizzare anche la comunicazione scritta (tramite chat o altro strumento telematico) in *aggiunta* a quella orale, sfruttando le forme di comunicazione non

^[24] Tra persone che non si conoscono o che sono tra loro in conflitto, la distanza creata dall'ambiente virtuale potrebbe aumentare la diffidenza rendendo più difficile al mediatore creare un rapporto di fiducia con e tra le parti.

^[25] In generale le videocamere sono posizionate sopra lo schermo, così che lo sguardo di chi guarda allo schermo sembra rivolto verso il basso anziché verso l'interlocutore. Ciò che peraltro impedisce anche a chi parla di percepire l'attenzione di chi ascolta.

^[26] In presenza il mediatore può prevenire interruzioni e sovrapposizioni anche con un semplice gesto che difficilmente può essere replicato e avere effetto attraverso la videocamera; silenziare il microfono della parte è certamente più efficace ma inevitabilmente altera la spontaneità della conversazione, rischiando anche di generare risentimento nella parte *silenziosa*. Senza considerare il rischio che la parte abbandoni l'incontro chiudendo il collegamento, senza che il mediatore possa fare alcunché per impedirglielo.

verbale offerte dalla tecnologia per potenziare la capacità comunicativa delle parti e del mediatore.

Mi pare del resto che in questo contesto si possa ipotizzare anche un maggiore ricorso alle tecniche di mediazione valutativa; nella mediazione virtuale, in effetti la formulazione di proposte (comunque non vincolanti) oltre che più agevole dal punto di vista tecnico potrebbe risultare più efficace in termini di *dispute resolution* per superare *empasse* difficilmente gestibili da remoto e colmare i vuoti della comunicazione a distanza. La flessibilità dello strumento disciplinato dal [d. lgs. 28/2010](#) da questo punto di vista potrebbe risultare preziosa consentendo di adattare le modalità della mediazione alle necessità imposte dalla situazione, più di quanto possa avvenire per i procedimenti giudiziali la cui *rigidità* ed il cui formalismo inevitabilmente ostacolano l'adattamento al regime emergenziale.

Quest'ultima considerazione sollecita una seconda più generale riflessione sulla utilità della mediazione ai tempi di coronavirus. Non è ancora possibile fare previsioni certe sulla durata dell'emergenza e sull'impatto che potrà avere sull'economia e sulle relazioni sociali, ma si possono fin d'ora immaginare le ripercussioni che essa avrà sul funzionamento della giustizia e del processo civile in particolare; anche quando potrà considerarsi superato l'attuale blocco delle attività e delle udienze ci saranno inevitabili rallentamenti che andranno ad aggravare la già critica situazione del sistema giurisdizionale. Al contempo è probabile che l'instabilità e la crisi economica dovuti alla prolungata situazione di emergenza generino un flusso elevato di contenzioso e una domanda ancora più forte di tutela da parte di cittadini e imprese rispetto alla quale la risposta giurisdizionale potrebbe risultare tardiva o inefficace: in questa situazione è dunque evidente innanzitutto l'utilità che la mediazione ed in gene-

rale l'adr potranno avere nel costituire un'alternativa più percorribile per le parti ed al contempo un utile strumento di deflazione per i Tribunali, alleggerendo il carico del contenzioso accumulato e quello che potrebbe accumularsi nei prossimi mesi.

Anche le dinamiche conflittuali del post emergenza potranno tuttavia assumere caratteri diversi, in considerazione dei quali tanto gli istituti del diritto privato[27], quanto il contesto aggiudicativo del processo potrebbero risultare inadeguati: la soluzione aggiudicativa passa, infatti, attraverso un criterio normativo di imputazione di responsabilità che porta alla necessaria individuazione di un vincitore e di un soccombente. Come recentemente osservato, tuttavia, *“il fenomeno della pandemia non solo non è imputabile né all'una né all'altra parte, ma per la sua natura “globale” neppure può dirsi intervenuto nella sfera di una parte piuttosto che nella sfera dell'altra”*[28]; questa osservazione, in effetti, mentre sul piano sostanziale suggerisce il ricorso a criteri di composizione delle liti ispirati al principio *solidaristico* (che siano cioè ispirati al principio costituzionale di solidarietà e tali da ripartire tra le parti le perdite derivanti dalla pandemia), sul piano *processuale* dovrebbe favorire il ricorso a forme di risoluzione dei conflitti di tipo collaborativo (e non aggiudicativo), che consentano alle parti di concordare il criterio più adeguato di distribuzione delle perdite[29], valutando i rispettivi interessi anche al di là delle contrapposte posizioni giuridiche. Senza considerare che in questa situazione è sicuramente preferibile privilegiare strumenti in grado di favorire la rinegoziazione dei rapporti anziché la loro risoluzione (specie se ciò venisse accompagnato da agevolazioni fiscali fino ad oggi troppo timidamente riconosciute[30]): ciò che dovrebbe valere in particolare per il settore delle locazioni abitative

[27] La legislazione emergenziale ha in effetti introdotto disposizioni destinate ad alterare il *normale funzionamento* degli istituti del diritto civile: il riferimento è in particolare all'[articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6](#), convertito con modificazioni dalla [legge 5 marzo 2020, n. 13](#), il cui [comma 6 -bis](#) (come ulteriormente modificato in sede di conversione del [d.l. 18/20](#) dalla [l. 27/20](#)) prevede che “ *Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.* »; ma v. anche quanto previsto dall'[art. 88 del d.l. 18/20](#) conv. in [l. 27/20](#) con riferimento al rimborso di titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura; e dall'[art. 88 - bis](#) con riferimento al rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici.

[28] V. così Roppo, in *C ontratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-roppo-e-roberto-natoli>

[29] Da questo punto di vista la previsione della mediazione obbligatoria per le controversie in materia di locazione o di affitto di azienda potrà rivelarsi particolarmente opportuna, potendosi anzi auspicare che il catalogo delle materie venga ampliato (e non certo ridotto come era stato prospettato nell'ultima bozza di riforma del processo civile elaborata prima dell'insorgere della pandemia) almeno con riferimento al contenzioso post emergenza.

[30] Il riferimento critico vale sia per i procedimenti alternativi (per i quali il legislatore ha riconosciuto vantaggi fiscali limitati o addirittura inoperanti: si veda il mancato avvio del sistema del credito di imposta per le mediazioni) sia per la disciplina emergenziale che non ha ad oggi introdotto significative agevolazioni fiscali per le parti che rinegoziano i canoni

e commerciali, ma che potrebbe risultare proficuo in generale per tutti i rapporti di durata sulla cui esecuzione ha inciso la pandemia^[31].

Anche nel settore della responsabilità sanitaria, del resto, è possibile immaginare uno spazio privilegiato per la mediazione^[32] capace di promuovere, anche al di là del paradigma della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la composizione dei conflitti che potranno sorgere tra le strutture sanitarie ed i pazienti i cui diritti dovranno trovare una forma adeguata di riconoscimento a prescindere da eventuali esoneri da responsabilità che potranno essere riconosciuti a tutela degli operatori impegnati in prima linea nella lotta al virus.

Ciò che invece è essenziale è evitare il rischio (tutt'altro che remoto, alla luce dell'esperienza pregressa) che le mediazioni, gestite attraverso le piattaforme si traducano in un vuoto rituale telematico volto non a favorire l'accordo, ma ad accertarne rapidamente l'impossibilità; essendo pertanto fondamentale che i mediatori e con loro gli avvocati (che in questa fase saranno determinanti nel coinvolgere le parti) riescano a replicare e se possibile a potenziare le dinamiche *alternative* di gestione del conflitto della mediazione, offrendo anche nell'ambiente *virtuale* uno spazio *reale* di confronto e negoziazione.

^[31] In questo senso v. il Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione predisposto dal gruppo di esperti che operano all'interno del Tavolo sulle procedure stragiudiziali in materia civile e commerciale istituito presso il Ministero della Giustizia che in ultimo sottolinea anche "*l'indiscussa efficacia della mediazione come collante sociale, non solo per la riattivazione di una comunicazione interrotta fra le parti del conflitto, ma anche per la generale condivisione dei valori dell'autonomia, della consapevolezza e della responsabilità, volano di rinascita delle relazioni sociali*".

^[32] Si tratta dunque di invertire la tendenza che ha visto fino ad oggi pressoché marginale il ricorso a questo strumento *nonostante* l'[art. 5, comma 1 bis](#) del d. lgs. 28/2010.

EVOLUZIONE ART. 570 C.P.C.

L'evoluzione(?) dell'art. 560 c.p.c.

di Carlo Vellani

DEL 22 MAGGIO 2020

Sommario

1. Indicazione sintetica delle questioni trattate
2. L'art. 560 c.p.c. prima del d.l. n. 135 del 2018
3. Le modifiche apportate dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 e dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 162
4. Riflessioni conclusive

1. Indicazione sintetica delle questioni trattate

Le modalità della custodia del bene immobile pignorato, [art. 560 c.p.c.](#), sono state ampiamente modificate nel corso degli anni. Una prima importante riforma è stata effettuata nel 2005^[1], integrata in vari punti dall'intervento compiuto nel 2016^[2]. Si è trattato di provvedimenti volti a finalizzare la liberazione dell'immobile pignorato alla vendita forzata^[3], nell'intento di avvicinare le vendite coattive alle condizioni di mercato di quelle tra privati. L'intervento del 2016 aveva semplificato la liberazione dell'immobile, posta in esecuzione dal custode, senza che egli fosse tenuto a seguire le formalità proprie dell'esecuzione forzata per rilascio di cui agli artt. 605 ss. c.p.c., procedura inoltre prevista espressamente senza oneri per l'acquirente.

Di oggi le modifiche portate dal [d.l. 14 dicembre 2018, n. 135](#), convertito con modificazioni dalla [l. 11 febbraio 2019, n. 12](#), sulle cui disposizioni è poi intervenuto il [d.l. 30 dicembre 2019, n. 162](#), convertito con modificazioni dalla [l. 28 febbraio 2020, n. 8](#). Si tratta di modifiche che seguono una logica diversa rispetto alle precedenti, oggi solo se l'immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare, si emette l'ordine di liberazione, nel caso invece vi abitino il debitore e i familiari essi non perdono il «possesso»

dell'immobile sino al decreto di trasferimento, secondo il vigente [art. 560, comma 3, c.p.c.](#)

2. L'art. 560 c.p.c. prima del d.l. n. 135 del 2018

L'[art. 560 c.p.c.](#), nella versione originaria, si limitava a specificare alcune particolarità rispetto alla disciplina generale degli artt. 65 ss., 520, 521 c.p.c., pur se in maniera non precisa e disorganica^[4]. Era previsto un sistema di autorizzazioni per la locazione dell'immobile e per la permanenza del debitore esecutato nell'immobile stesso, con alcune difficoltà interpretative, perché, ai sensi dell'[art. 559 c.p.c.](#), col pignoramento il debitore è costituito custode dei beni pignorati, e secondo alcuni egli poteva continuare ad abitarvi senza autorizzazione fino a quando non fosse disposta una locazione oppure non fosse nominato un altro custode^[5], e in effetti nella pratica non era frequente che venisse negata al debitore la permanenza nell'immobile. Nell'estrema concisione della norma, in molti tribunali il debitore rimaneva all'interno dell'immobile, il custode non veniva nominato, e si giungeva a una vendita forzata degli immobili «sulla carta», immobili la cui liberazione, dopo il decreto di trasferimento, era a carico dell'acquirente. In una simile situazione difficilmente un comune cittadino era interessato a partecipare al-

[1] Che ha visto succedersi il [d.l. 14 marzo 2005, n. 35](#), convertito con modificazioni dalla [l. 14 maggio 2005, n. 80](#); le modifiche della [l. 28 dicembre 2005, n. 263](#) e quindi il [d.l. 30 dicembre 2005, n. 271](#), non convertito in legge (comunicato pubblicato in *Gazz. uff.*, serie generale, 1° marzo 2006, n. 50), le cui modifiche sono state recepite dal [d.l. 30 dicembre 2005, n. 273](#), convertito, con modificazioni, dalla [l. 23 febbraio 2006, n. 51](#).

[2] Compiuto con il [d.l. 3 maggio 2016, n. 59](#), convertito con modificazioni dalla [l. 30 giugno 2016, n. 119](#).

[3] Cfr. Saletti, *La prassi di fronte alle norme e al sistema*, in *Riv. esec. forz.* 2001, pag. 496.

[4] Vedi Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. III, III ed., Napoli, 1957, pag. 226; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, rist. 1966, pag. 352.

[5] In tal senso Satta, *Diritto processuale civile*, a cura di Punzi, Padova, 2000, pag. 677.

le vendite forzate, gli interessati erano quasi esclusivamente acquirenti professionali, con le competenze e una struttura in grado di gestire la liberazione dell'immobile, cui seguiva normalmente la sua messa in vendita nei canali commerciali. In un simile contesto la realizzazione del credito era decisamente limitata.

Secondo principi non contesti il debitore, con il pignoramento, perde i poteri di disposizione sul bene^[6], è costituito custode *ex lege*, senza necessità di un formale provvedimento. Fino a un certo momento, di cui non è fissato un termine, è quindi custode, e, almeno secondo la lettera dell'originaria stesura dell'[art. 560, comma 3, c.p.c.](#) «Con l'autorizzazione del giudice il debitore può continuare ad abitare nell'immobile pignorato, occupando i locali strettamente necessari a lui e alla sua famiglia», quindi di norma il diritto di rimanere andava condizionato all'autorizzazione del giudice dell'esecuzione, che poteva anche non autorizzare il debitore e provvedere alla nomina di un custode terzo. La disponibilità dell'immobile poteva essere necessaria per realizzare le finalità della custodia, che per i beni immobili non può essere statica, ma per giovare ai creditori deve essere attiva. Prima del 2005 non era ben definito come il custode terzo, pur in assenza di autorizzazione al debitore di occupare il bene pignorato, potesse conseguire la disponibilità dell'immobile. Ci si chiedeva come far conseguire al custode terzo questa disponibilità, in quanto l'unica disposizione sul rilascio era rappresentata dall'[art. 586 c.p.c.](#), ossia dall'ordine di rilascio contenuto nel decreto di trasferimento. In alcuni tribunali, data la situazione di inefficienza delle vendite forzate in particolare relativamente ai prezzi conseguiti nelle vendite stesse, iniziò ad essere praticato il sistema di far conseguire al custode la disponibilità del bene tramite un ordine di liberazione dato dal giudice dell'esecuzione, da accompagnare alla nomina del custode stesso. Dal punto di vista formale questo poteva essere agevolmente giustificato dalla circostanza che i debitori omettevano sistematicamente di rendere il conto ai sensi dell'[art. 560, comma 1, c.p.c.](#), norma rimasta inalterata nelle varie novelle, comportamento ritenuto sanzionabile con la revoca della custodia e della disponibilità del bene. Vi era dunque un ordine dato dal giudice dell'esecuzione di consegnare l'immobile al custode terzo, ordine che doveva avere attuazione sotto la direzione dello stesso

giudice dell'esecuzione. Con questo strumento era possibile, nominando un custode terzo, raggiungere il risultato della liberazione anticipata del bene, rispetto al decreto di trasferimento^[7]. La nomina del custode terzo solitamente veniva disposta nell'ambito dell'udienza di autorizzazione alla vendita [ex art. 569 c.p.c.](#), con contestuale ordine al debitore di liberare l'immobile, udienza che prevede la partecipazione delle parti. Queste «buone pratiche» sono state tradotte nel diritto positivo, prima nelle riforme del 2005, quindi nel 2016, per ovviare alcuni aspetti di inefficienza^[8].

Con le riforme del 2005 e infine del 2016, in sostanza, la norma in commento assume il ruolo di essere strumento per rendere più competitiva la vendita forzata. È del tutto evidente che se a seguito del pignoramento l'immobile viene liberato, la vendita avrà non solo maggiori possibilità di essere effettuata, ma anche di realizzare un prezzo «di mercato»^[9]. Dal punto di vista sistematico questo è nell'ottica di concorrere a realizzare l'effettività della tutela esecutiva.

Il [primo comma, dell'art. 560 c.p.c.](#), come sopra accennato, non è mai cambiato, prevedendo l'obbligo per il custode, come per il debitore che abbia mantenuto la gestione dell'immobile, di rendere il conto al termine della gestione, richiamando l'[art. 593 c.p.c.](#), norma che prevede il rendiconto nel termine stabilito dal giudice dell'esecuzione e, in ogni caso, alla fine di ciascun trimestre, e quindi il rendiconto finale. Al procedimento per il rendiconto si applicano gli artt. [263 ss. c.p.c.](#)

In generale il custode deve esercitare i suoi compiti da «buon padre di famiglia», e questo è un carattere proprio della sua attività, [ex art. 67, comma 2, c.p.c.](#). Nel caso specifico è soggetto alle direttive del giudice, e nell'[art. 560, comma 5, c.p.c.](#), nella versione vigente fino al [d.l. n. 135 del 2018](#), era previsto che il custode provvedesse, previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, all'amministrazione e alla gestione dell'immobile pignorato, ivi comprese le eventuali azioni giudiziali. Ne conseguiva che il custode non potesse compiere, senza l'autorizzazione del giudice, atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, come la locazione dell'immobile pignorato. Se l'immobile era libero dal debitore o da terzi il giudice dell'esecuzione poteva autorizzare il contratto di locazione^[10], temporaneo, risolutivamente condizionato dall'adozione del decreto di trasferimento, dopo aver sentito

^[6] Per tutti Redenti-Vellani, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, pag. 735.

^[7] Ne tratta Crivelli, *L'ordine di liberazione dopo la l. 11 febbraio 2019, n. 12*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, pagg. 764 ss.

^[8] Nuovamente Crivelli, *op. cit.*, pagg. 771 ss.

^[9] Un sistema utilizzato era quello di liberare l'immobile dopo il primo tentativo di vendita, prendendo atto dell'esito negativo della vendita con immobile occupato.

^[10] Determinando le condizioni dell'occupazione, il canone, la durata, anche nel caso di continuazione dell'uso dell'immobile da parte del debitore.

i creditori, potendo determinarsi una situazione di potenziale complicazione nel rilascio del bene.

Problema diverso è quello dell'opponibilità delle locazioni alla procedura, regolata dall'[art. 2923 c.c.](#), quindi le locazioni stipulate dal debitore sono opponibili all'acquirente se hanno data certa anteriore al pignoramento[11], mentre successivamente la mancata autorizzazione da parte del giudice dell'esecuzione comporta l'inopponibilità della locazione stessa. I diritti di usufrutto, uso e abitazione sono opponibili ai creditori, se trascritti in data anteriore al pignoramento[12].

Nel testo attualmente vigente, dell'[art. 560](#), commi 4 e 5, c.p.c., è tuttora previsto il diritto degli interessati a esaminare i beni in vendita, aspetto che nella versione dell'[art. 560, comma 5, c.p.c.](#), vigente fino al [d.l. n. 135 del 2018](#), era più articolato, e poneva a carico del custode, su indicazioni del giudice date con l'ordinanza di vendita dell'[art. 569, comma 3, c.p.c.](#), il dovere di adoperarsi perché gli interessati presentassero offerte di acquisto, avendo esaminato l'immobile. A seguito della novella del 2016, era espressamente individuato il «diritto di esaminare i beni in vendita entro quindici giorni dalla richiesta» effettuata tramite il portale delle vendite pubbliche di cui all'[art. 490 c.p.c.](#)

Punto centrale della disciplina vigente fino al [d.l. n. 135 del 2018](#), era la liberazione dell'immobile, finalizzata, come detto, alla vendita forzata. Come visto il giudice dell'esecuzione poteva non autorizzare il debitore ad abitare nell'immobile, come poteva revocare l'autorizzazione, es. nell'ipotesi in cui il debitore ostacolasse le attività del custode, e disporre quindi la liberazione del bene pignorato, liberazione comunque disposta in caso di aggiudicazione o assegnazione dell'immobile, che veniva effettuata senza oneri per l'acquirente, [art. 560, comma 3, c.p.c.](#), vecchio testo[13].

Dal 2005 al 2016 l'[art. 560 c.p.c.](#) prevedeva l'ordine di liberazione come provvedimento non impugnabile, qualifi-

candolo come titolo esecutivo per il rilascio. Quest'ultima scelta si rivelò però controproducente in termini di efficienza. Un titolo esecutivo di rilascio va attuato nelle forme degli artt. [605](#) ss. c.p.c., a mezzo dell'ufficiale giudiziario, cui il custode deve rivolgersi per eseguire il suo titolo esecutivo, applicandosi anche il sistema delle opposizioni esecutive. La procedura non era quindi diretta dal giudice dell'esecuzione immobiliare che aveva emesso l'ordine di liberazione, come non era competente per le eventuali opposizioni. Si potevano determinare notevoli ritardi e anche i costi potevano essere elevati o quantomeno non prevedibili. La riforma del 2016 fu finalizzata anche a superare questi problemi. Il provvedimento, da non impugnabile, divenne impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi[14]. L'ordine di liberazione era da notificare al terzo che vantasse diritti di godimento opponibili, affinché potesse anch'egli fare opposizione agli atti esecutivi, con decorrenza dalla notifica. Con la novella del 2016, l'ordine di liberazione non fu più espressamente indicato come titolo esecutivo, essendo stato espunto dalla norma il relativo inciso. Secondo la dottrina, avallata dalla giurisprudenza, il provvedimento assume natura e efficacia endoesecutiva[15]. L'ordine di liberazione viene quindi attuato dal custode senza che egli sia tenuto a seguire le formalità proprie dell'esecuzione forzata per rilascio di cui agli artt. [605](#) ss. c.p.c. Per l'attuazione del provvedimento egli non deve più ricorrere all'ufficiale giudiziario e, data la possibile necessità di superare resistenze, la norma consente al giudice di avvalersi della forza pubblica, come di altri ausiliari ai sensi dell'[art. 68 c.p.c.](#)[16].

Il compito del custode ovviamente cessa con la vendita del bene pignorato, o l'estinzione del processo, però, al fine di portare a compimento lo svolgimento della sua funzione, il custode, anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento, poteva iniziare o proseguire la liberazione, quindi ultrattività della legittimazione e dei compiti del cu-

[11] A norma dell'[art. 2923 c.c.](#), le locazioni consentite da chi ha subito l'espropriazione sono opponibili all'acquirente se hanno data certa anteriore al pignoramento, con disposto che, sia pure a contrario, convalida l'inapplicabilità della regola *emptio non tollit locatum* nei confronti dell'acquirente della cosa pignorata, allorché la locazione sia stata stipulata dal custode, Cass. civ., sez. III, [28 settembre 2010, n. 20341](#)

[12] L'attribuzione della casa di abitazione al coniuge separato o divorziato e affidatario della prole, se ha data certa, è opponibile, ancorché non trascritta, al terzo acquirente in data successiva per nove anni dalla data dell'assegnazione, ovvero, se trascritto, anche oltre Cass. civ., sez. I, [3 marzo 2006, n. 4719](#).

[13] L'ordine di liberazione ha assunto (dal 2005) natura di provvedimento sommario semplificato esecutivo, non idoneo al giudicato, funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale esecutiva, così Olivieri, *L'ordine di liberazione dell'immobile pignorato e la sua attuazione* (art. [560](#), 3° e 4° co., c.p.c.), Relazione all'incontro di studio «Le esecuzioni civili alla luce della riforma del 2016», Milano, 10 ottobre 2016, disponibile su http://www.ca.milano.giustizia.it/formazione_magistrati.aspx?file_allegato=2659.

[14] Come era già stato sostenuto in dottrina e in giurisprudenza, nonostante l'indicazione di non impugnabilità, Cass. civ., sez. VI, [17 dicembre 2010, n. 25654](#).

[15] Nuovamente Olivieri, *L'ordine di liberazione dell'immobile pignorato e la sua attuazione*, cit.

[16] A seconda delle circostanze la liberazione di un immobile può richiedere la presenza di fabbri, assistenti sociali, medici o infermieri, ambulanza, associazione protezione animali.

stode, per far conseguire la disponibilità del bene all'acquirente, [art. 560, comma 4, c.p.c.](#), vecchio testo.

La novella del 2016, [art. 560, comma 4, c.p.c.](#), vecchio testo, si occupava anche della presenza nell'immobile pignorato di beni mobili del debitore o di terzi che non debbono essere consegnati, ovvero di documenti inerenti allo svolgimento di attività imprenditoriale o professionale. Il custode intima alla parte tenuta al rilascio, ovvero al soggetto al quale gli stessi risultano appartenere, di asportarli, assegnando un termine non inferiore a trenta giorni, salvi i casi di urgenza. Qualora l'asporto non sia eseguito entro il termine assegnato, i beni o i documenti sono considerati abbandonati e il custode, salvo diversa disposizione del giudice dell'esecuzione, ne dispone lo smaltimento o la distruzione.

3. Le modifiche apportate dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 e dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 162

Il [d.l. 14 dicembre 2018, n. 135](#) «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», convertito con modificazioni dalla [l. 11 febbraio 2019, n. 12](#), porta modifiche al [codice di rito con l'art. 4](#), che dispone la novellazione dell'[art. 495](#), la sostituzione dell'[art. 560](#) e la modifica dell'[art. 569 c.p.c.](#)^[17]. L'[art. 4](#) è rubricato «Modifiche al codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata nei confronti dei soggetti creditori della pubblica amministrazione», ma in realtà il testo non contiene alcuna disposizione o riferimento ai creditori della pubblica amministrazione. Ci si trova di fronte al mancato adeguamento della rubrica dell'[art. 4](#) alle modifiche che vi sono state introdotte con la legge di conversio-

ne. Il decreto legge prevedeva che nell'esecuzione immobiliare il debitore esecutato potesse segnalare il fatto di essere titolare di crediti nei confronti di pubbliche amministrazioni, ottenendo la possibilità di differire il momento del rilascio dell'immobile, previsione di cui non è rimasta traccia, mentre ora la norma, quando l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari, impedisce al giudice di disporre il rilascio dell'immobile prima della pronuncia del decreto di trasferimento.

Interessa dunque^[18] la sostituzione dell'[art. 560 c.p.c.](#), anche se in realtà è rimasto inalterato il [comma 1](#) e sono stati sostituiti i commi da 2 in poi. Come ora accennato muta la regola da applicare quando l'immobile pignorato sia abitato dal debitore e da suoi familiari. Secondo il testo previgente il giudice dell'esecuzione disponeva la liberazione dell'immobile prima della vendita, per posizionare meglio l'immobile sul mercato, oggi solo se l'immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare, si emette l'ordine di liberazione, nel caso invece vi abitino il debitore e i familiari essi non perdono il «possesso» dell'immobile sino al decreto di trasferimento e il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia di tale decreto, [art. 560](#), commi [3](#) e [8](#), c.p.c. L'ordine di liberazione può essere anticipato solo «qualora sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l'immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione, per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico», [art. 560, comma 6, c.p.c.](#) La nuova disposizione ha finalità sociali^[19], ma a parte l'ef-

^[17] Ai sensi dell'[art. 4, comma 4, d.l. n. 135 del 2018](#), le nuove disposizioni non si sarebbero dovute applicare alle esecuzioni iniziate anteriormente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, ossia la [l. n. 12 del 2019](#), quindi sarebbero state applicabili unicamente alle procedure esecutive avviate a partire dal 13 febbraio 2019, ma l'[art. 18 quater d.l. n. 162 del 2019](#), come convertito, prevede che si applichino anche alle procedure di espropriazione immobiliare pendenti alla data di entrata in vigore [della citata l. n. 12 del 2019](#) nelle quali non sia stato pronunciato il provvedimento di aggiudicazione del bene. In effetti si sarebbe determinata una situazione di evidente disparità rispetto a situazioni di fatto uguali, perché, per le procedure iniziate prima del 13 febbraio 2019, i giudici dell'esecuzione avrebbero potuto continuare a ordinare la liberazione degli immobili, come sarebbero stati posti in esecuzione gli ordini di liberazione già disposti, pur in presenza del debitore all'interno dell'immobile, mentre per le procedure iniziate successivamente a tale data sarebbe valso il divieto di disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento.

^[18] Le altre modifiche riguardano la conversione del pignoramento, [art. 495 c.p.c.](#), che non muta nella struttura, ma nei parametri, prevedendo ora che, unitamente all'istanza di conversione, deve essere depositata in cancelleria, a pena di inammissibilità, una somma non inferiore a un sesto dell'importo del credito per cui è stato eseguito il pignoramento, rateizzabile in quarantotto mensilità, e sanzionando il versamento che sia ritardato nella misura di oltre trenta giorni. Per quanto concerne invece il provvedimento per l'autorizzazione della vendita [ex art. 569 c.p.c.](#), il comma 1, è stato modificato prevedendo un ulteriore atto da depositare dopo l'istanza di vendita immobiliare, sottoscritto personalmente dal creditore e previamente notificato al debitore esecutato, nel quale è indicato l'ammontare del residuo credito per cui si procede.

^[19] Che si inseriscono nel quadro di provvedimenti volti a favorire la posizione del debitore, come la coeva novella dell'[art. 495 c.p.c.](#), che destina a sua volta qualche perplessità, prevedendo una rateizzazione della somma per la conversione del pignoramento in quarantotto mensilità, che mal si concilia con la ragionevole durata delle procedure esecutive.

ficacia della costruzione sanzionatoria ora descritta, la vendita di un immobile occupato non è facile^[20]. La nuova disciplina risultava inoltre particolarmente lacunosa, perché non era stata riprodotta alcuna disposizione relativa al provvedimento di liberazione, alla sua attuazione e alla sua impugnazione, come non si faceva menzione dei beni mobili che non debbono essere consegnati ovvero dei documenti inerenti allo svolgimento di attività imprenditoriale o professionale che si trovassero nell'immobile pignorato.

Un parziale rimedio è stato introdotto dal [d.l. 30 dicembre 2019, n. 162](#) «Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica», (c.d. milleproproghe), convertito con modificazioni dalla [l. 28 febbraio 2020, n. 8](#), che all'[art. 18 quater](#) ha integrato il nuovo [comma 6 dell'art. 560 c.p.c.](#), inserendovi la previsione che «a richiesta dell'aggiudicatario», riferimento che desta qualche perplessità, l'ordine di liberazione può essere attuato dal custode senza l'osservanza delle formalità di cui agli artt. 605 ss. e il giudice può autorizzarlo ad avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'[art. 68 c.p.c.](#) Quando nell'immobile si trovano beni mobili o documenti che non debbono essere consegnati, il custode intima alla parte tenuta al rilascio di asportarli, se l'asporto non è eseguito i beni o i documenti sono considerati abbandonati. Vi è stato dunque trascritto, con alcune differenze, il contenuto del previgente [comma 4 dell'art. 560 c.p.c.](#) Non sono comunque più espressamente regolate l'impugnazione dell'ordine di liberazione e il comportamento da seguire nei confronti di un terzo che vanti sull'immobile diritti di godimento opponibili ai creditori, la disciplina è da ricostruire.

L'[art. 560 c.p.c.](#) è oggi strutturato sulla prospettiva del debi-

tore che abita il bene pignorato e ha diritto a rimanervi^[21]. Il comma 3 stabilisce che «Il debitore e i familiari che con lui convivono non perdono il possesso dell'immobile e delle sue pertinenze sino al decreto di trasferimento»^[22]. Rimane ferma la disciplina generale, per cui la conseguenza dell'[art. 559 c.p.c.](#) è che il debitore, costituito custode^[23], modifica il suo titolo di possesso in una detenzione di fatto, vincolata alla procedura, quindi la nuova norma non può negare lo spossessamento, in realtà il termine «possesso» è utilizzato in modo improprio, si tratta di un diritto di godimento^[24], il debitore rimane nell'immobile a fini abitativi. Il debitore non avrà bisogno di chiedere alcuna autorizzazione per farlo. Oggi abbiamo due regimi diversi: immobile abitato oppure immobile non abitato dal debitore e familiari conviventi. Nell'ipotesi di immobile non abitato dal debitore è possibile la liberazione anticipata, non è specificato in che momento possa essere liberato, si può pertanto concludere che la liberazione possa avvenire in qualunque momento, anche subito, quindi la situazione non è diversa rispetto a quella della norma previgente e non cambieranno le prassi attualmente in uso nei tribunali.

Il regime è del tutto diverso se vi è il diritto del debitore a rimanere nell'immobile, il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento; l'[art. 560, comma 8, c.p.c.](#), è assolutamente chiaro sul punto. La norma è stata pensata dal legislatore nell'ottica della prosecuzione dell'utilizzo del bene pignorato come abitazione, ma questo aspetto non è esplicitato, per cui è astrattamente possibile sostenere che il debitore potrebbe trasferirvi la sua residenza dopo il pignoramento, questo non è escluso dalla dizione letterale dei nuovi commi, che anzi, pur se impropriamente, affermano il manteni-

[20] Lo evidenzia Farina, *Le modifiche apportate dalla l. 11-2-2019, n. 12 alla conversione del pignoramento ed all'ordine di liberazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, pag. 154.

[21] Nuovamente Farina, *op. loc. citt.*, la nuova disciplina è diretta a salvaguardare il debitore da una celere liberazione dell'immobile, a discapito delle ragioni dei creditori, dell'acquirente del bene e alla fine dello stesso debitore che potrà beneficiare di un effetto esdebitativo molto più contenuto.

[22] Precisa Angelone, *Il nuovo «Modo» della custodia dopo la l. 12/2019*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, pag. 518, che l'utilizzo della congiunzione «e» da parte del legislatore («il debitore e i familiari», «abitato dal debitore e dai suoi familiari») autorizza una lettura restrittiva della regola, facendo ritenere che possa applicarsi al debitore, se occupa l'immobile da solo, cioè senza alcun familiare, ma non possono applicarsi ai familiari, se abitano l'immobile senza il debitore, così anche Crivelli, *op. cit.*, pagg. 787 ss., ove evidenzia anche l'ipotesi della sopravvenuta assegnazione della casa al coniuge collocatario di figli non economicamente autosufficienti. Se tale assegnazione fosse precedente e trascritta non si porrebbe alcun problema di rilascio, ma se sopravvenga, secondo l'Autore, pare logico che l'assegnazione dell'immobile possa essere equiparata alla protrazione dell'abitazione da parte del debitore, pur se questi dovrà abbandonare l'immobile. Non è detto che questo possa essere l'orientamento dei giudici dell'esecuzione. Un altro caso di allontanamento coattivo è quello della detenzione in carcere del debitore, dove, se a titolo definitivo, tendenzialmente il diritto verrà meno.

[23] Vedi Vittoria, *Modi della custodia e tutele del debitore che abita l'immobile pignorato, dopo le recenti modifiche dell'art. 560 c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, pag. 245, l'[art. 559 c.p.c.](#), non presuppone, né richiede, che al tempo del pignoramento il debitore si trovi nel materiale possesso dell'immobile, ossia che lo occupi.

[24] Così Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. III, V ed., Bari, 2019, pag. 168.

mento del possesso, un'interpretazione in questo senso non è però condivisibile e comporterebbe il rischio di abusi[25]. Il debitore che abita nell'immobile, deve comportarsi con la diligenza del buon padre di famiglia, e il custode deve vigilare affinché lo faccia, [art. 560, comma 2, c.p.c.](#), il debitore deve anche consentire le visite dei potenziali acquirenti, [art. 560, comma 4, c.p.c.](#) Non sono però più presenti disposizioni in ordine alle modalità di visita, sarà il giudice dell'esecuzione, con l'ordinanza di vendita, a dover provvedere in merito, [art. 560, comma 5, c.p.c.](#) Questo potrebbe portare a prassi diverse nei vari tribunali, dove invece una standardizzazione non appariva un aspetto negativo.

La liberazione può avvenire anticipatamente solo se il debitore viola i suoi obblighi, ossia «qualora sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l'immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione, per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico», [art. 560, comma 6, c.p.c.](#) Nella previgente normativa era previsto il solo obbligo di rendiconto, oggi sono esplicitati diversi obblighi. Non pongono problemi d'interpretazione l'obbligo del debitore di consentire le visite in accordo con il custode e quello, gravante anche sui familiari, di mantenere in stato di buona conservazione il bene. Può esservi una difficoltà di verifica per quest'ultimo obbligo, da parte del custode, non avendo la disponibilità del bene. Più difficile invece orientarsi in ordine agli «altri obblighi che la legge pone a suo carico». Il debitore è ancora proprietario del bene, il mancato pagamento dell'IMU è senz'altro una violazione, ma occorre chiedersi se sia una violazione tale da portare alla liberazione anticipata. Sulla stessa linea si pongono altri obblighi, come quelli nei confronti dei consorzi di bonifica. Un criterio plausibile è quello di ritenere sanzionabili con il rilascio solo quelle violazioni che possano incidere negativamente sull'esecuzione in atto e quindi segnatamente sulla vendita, e tali non appaiono i mancati versamenti di imposte. Sulla scorta di un simile criterio, parrebbe sanzionabile il mancato pagamento degli oneri condominiali, perché chi subentra nei diritti di un condomino è obbligato solidalmente con questo al pagamen-

to dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente, [art. 63 disp. att. c.c.](#)[26] Anche in relazione alla qualificazione degli obblighi rilevanti o no per la liberazione anticipata, potrebbero aversi prassi diverse nei vari tribunali, qui sarebbe opportuno che quantomeno i singoli uffici facessero chiarezza su queste ipotesi sanzionatorie.

La liberazione anticipata è ordinata «sentiti il custode e il debitore» [art. 560, comma 6, c.p.c.](#), precetto rispettato se la liberazione viene disposta all'udienza di autorizzazione alla vendita [ex art. 569 c.p.c.](#), dove è prevista la partecipazione delle parti. La formula di per sé non richiede un'apposita udienza, e potrebbe anche essere interpretata nel senso di ritenere sufficiente una segnalazione in merito da parte del custode e una richiesta al debitore.

Nulla è detto in relazione all'impugnazione dell'ordine di liberazione. La novella portata dal [d.l. n. 162 del 2019](#), ha per buona parte riprodotto la normativa precedente, e pare logico riferirsi alla previgente impostazione per ritenere che il provvedimento assuma natura e efficacia esclusivamente endoprocessuale, e ritenerlo impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi[27].

Più complessa appare la posizione del terzo che possa vantare diritti opponibili. Nella normativa previgente l'ordine di liberazione era da notificare al terzo che vantasse diritti di godimento opponibili alla procedura, per consentirgli di proporre l'opposizione agli atti esecutivi con decorrenza dalla notificazione del provvedimento. Oggi questa disposizione non esiste più, occorre pertanto domandarsi come possa reagire il terzo di fronte alla notificazione dell'ordine di liberazione, potrebbe presumibilmente continuare a agire [ex art. 617 c.p.c.](#), ma forse potrebbe anche agire, al di fuori delle opposizioni esecutive e dei loro termini, con un'azione di accertamento.

Anche il nuovo contesto normativo prevede la nomina del custode terzo, figura centrale, che può essere nominato anche quando il debitore abita nell'immobile[28], in quanto la sua funzione non è solo quella di conservare e gestire il bene, anche vigilando sul comportamento del debitore e dei suoi familiari, ma di promuoverne la liquidazione.

Se nulla cambia per la nomina del custode, non è così però

[25] Negano che la residenza possa essere stabilita successivamente Vittoria, *op. cit.*, pag. 247; Vitone, *Analisi del nuovo art. 560 c.p.c. in seguito alla L. 11 febbraio 2019, n. 12*, in *Ianuvaproceduracivile.com*, 26 febbraio 2019, par. 9; Crivelli, *op. cit.*, pag. 786.

[26] Nega che possano essere considerati presupposti per l'emissione dell'ordine di liberazione la violazione degli obblighi di pagamento delle spese condominiali o delle imposte o ancora il mancato rendimento del conto Crivelli, *op. cit.*, pag. 793.

[27] Come ritengono anche Crivelli, *op. cit.*, pag. 763; Vittoria, *op. loc. ultt. citt.*, la difesa giudiziaria del diritto a continuare ad abitare l'immobile sino al decreto di trasferimento, è esperibile mediante l'opposizione agli atti esecutivi.

[28] Vedi Vitone, *op. cit.*, par. 6.

per la sua attività, in primo luogo per l'esplicita attribuzione del suddetto potere di vigilanza nei confronti del debitore e del suo nucleo familiare in ordine alla conservazione e all'integrità del bene, che viene ad assumere un maggior rilievo[29]. In relazione a quanto sopra detto sugli obblighi del debitore sarebbe opportuno che il custode specificasse al debitore che non deve rendersi inadempiente dei doveri posti a suo carico, pena l'obbligo di rilasciare l'immobile. I primi a interagire con il debitore sono gli ausiliari del giudice, come il custode o l'esperto stimatore, quest'ultimo dovrà valutare il bene e verificarne la situazione di fatto *ex art. 173 bis disp. att. c.p.c.*, compreso quindi lo stato di occupazione del bene. Se il debitore occupa l'immobile, sembra oggi necessario che custode o stimatore conducano ricerche all'anagrafe per avere presente la situazione abitativa precedente al pignoramento e verificare che l'immobile non sia stato occupato solo dopo l'avvio della procedura esecutiva. Potrebbe anche porsi il problema del debitore che occupa il bene per l'esercizio di un'attività professionale o commerciale, ma queste situazioni non paiono poter godere della specifica tutela prevista per il diritto di abitare nell'immobile. Stessa conclusione dovrebbe valere nel caso in cui debitore sia una persona giuridica, a parte la dizione del *560 c.p.c.*, che fa riferimento a persone fisiche, per una persona giuridica non è configurabile un'«abitazione» del debitore[30].

Ulteriore problema, che può nascere dalla relazione degli ausiliari, è che l'immobile non sia abitabile, per le condizioni di fatto o perché classificato con una categoria catastale che ne esclude tale uso. Dalla relazione potrebbe anche emergere l'esistenza di abusi edilizi. Occorrerà una valutazione del giudice dell'esecuzione, che potrebbe ritenere non ostativi al diritto di abitare la presenza di soli abusi edilizi sanabili, più difficile che il debitore possa rimanere nell'immobile negli altri casi, perché si tratterebbe di avallare un uso illegittimo del bene, per cui sarebbe possibile emettere l'ordine di liberazione, vertendosi in difetto del requisito dell'«abitazione». Il nuovo *art. 560, comma 7, c.p.c.*, vieta al solo debitore di dare in locazione l'immobile pignorato se non è autorizzato dal giudice dell'esecuzione, non è più previsto il divieto per il custode di locare l'immobile. Potrebbe trattarsi di un'ulteriore ampliamento dei poteri del custode[31], ma non pare

l'interpretazione corretta, dovendo prevalere la generale impostazione che le attività del custode vanno distinte in atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, i primi da esercitare senza autorizzazione, come la riscossione dei canoni di locazione, il pagamento delle spese relative all'immobile, mentre i secondi, come la stipula del contratto di locazione dell'immobile, da esercitare solo previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione[32]. D'altronde è stato soppresso anche quanto disponeva il previgente *art. 560, comma 5, c.p.c.*, in ordine al potere del custode di provvedere, a seguito di autorizzazione giudiziale, ad esercitare «le azioni previste dalla legge», anche ai sensi dell'*art. 65 c.p.c.*, diventa difficile ipotizzare una totale autonomia sul punto da parte del custode.

Con la modifica portata dal *d.l. n. 162 del 2019*, è anche oggi prevista l'ultrattività della legittimazione e dei compiti del custode, per far conseguire la disponibilità del bene all'acquirente, concludendo lo svolgimento della sua funzione, *art. 560, comma 6, ultimo periodo, c.p.c.* Il custode, su istanza dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, anche dopo il decreto di trasferimento, provvede alla liberazione del bene, che potrebbe essere ancora abitato dal debitore, non oltre 120 giorni dalla richiesta, attuando l'ingiunzione di rilasciarlo contenuta nel decreto di trasferimento stesso[33], senza essere tenuto a seguire le formalità proprie dell'esecuzione forzata per rilascio di cui agli artt. *605 ss. c.p.c.* Questa procedura semplificata ad opera del custode non è obbligatoria, si svolge a richiesta dell'acquirente del bene, che potrebbe anche preferire l'ordinaria azione di rilascio, pur se indubbiamente più lunga e complessa, in pratica potrebbe accadere che l'acquirente si accordi con il debitore per prolungare la sua permanenza e non chiedi la liberazione, gli eventi successivi saranno allora gestiti secondo le procedure ordinarie.

4. Riflessioni conclusive

Le riforme del 2005 e del 2016, furono il frutto normativo della riflessione dei tribunali su quale fosse il momento più opportuno per liberare l'immobile, nell'ottica dell'effettività della tutela esecutiva. Il legislatore del 2018 ha una visione diversa. Il diritto del debitore di abitare l'immobile pignorato fino alla pronuncia del decreto di trasferimento, sottende il preva-

[29] Così Crivelli, *op. cit.*, pag. 789; Angelone, *op. cit.*, pag. 511.

[30] Nuovamente Angelone, *op. cit.*, pag. 518.

[31] Su cui ampiamente Angelone, *op. cit.*, pagg. 511 ss., Vitone, *op. cit.*, par. 5.

[32] Vedi Crivelli, *op. cit.*, pag. 790.

[33] Cfr. Vittoria, *op. cit.*, pag. 246, il decreto previsto dall'*art. 586 c.p.c.*, costituisce titolo per il rilascio.

lere di esigenze sociali, questo però ha effetti sia teorici che pratici^[34].

Dal punto di vista sistematico si va a incidere sul senso della procedura esecutiva, diventa difficile affermare semplicemente che abbia lo scopo di realizzare il credito. L'attuazione dei titoli esecutivi viene condizionata, a discapito delle ragioni dei creditori, da esigenze estranee alla procedura, che avrebbero potuto avere più coerente attenzione al di fuori del contesto esecutivo e della sua effettività.

Le esigenze abitative del debitore, alla pari di quelle di tutti quanti si trovino in stato di emergenza abitativa, dovrebbero essere affrontate sul piano dei servizi sociali.

Non è necessario che l'unica prospettiva dell'esecuzione sia la vendita, allora il comportamento ideale sarebbe liberare l'immobile il prima possibile, essendo evidente che se il potenziale acquirente visita l'immobile libero questo lo rende più appetibile. In una procedura esecutiva si può tenere conto di situazioni in cui il debitore può trovare una diversa soluzione abitativa oppure avere soluzioni per evitare la vendita, allora una liberazione eseguita all'inizio della procedura potrebbe non rispondere neppure alle esigenze dei creditori, ma è con la discrezionalità dei giudici

dell'esecuzione che si possono dare risposte opportune, valutati i singoli casi.

Dal punto di vista pratico comunque la liberazione dell'immobile nella vendita forzata ha mostrato di essere aspetto molto importante, un immobile occupato non suscita l'interesse di uno libero, viene alienato con la partecipazione di un numero minore di possibili acquirenti, frequentemente devono essere esperiti più tentativi di vendita e si realizza di conseguenza un prezzo di aggiudicazione inferiore.

Vi sono anche profili di tutela dell'acquirente del bene. Il debitore che abita nell'immobile ha interesse a un comportamento corretto durante la procedura, per non incorrere nella sanzione che comporta la liberazione del bene stesso, ma tale suo interesse scema quando si giunge all'aggiudicazione del bene, ormai la vicenda che riguarda quello che era il suo immobile si è di fatto conclusa, e potrebbe trascurarne la manutenzione se non giungere a veri e propri danneggiamenti. Si apre un profilo delicato per la posizione dell'acquirente, la vendita si è perfezionata, ma al momento in cui consegue la materiale disponibilità del bene, potrebbe trovarsi di fronte a una situazione ben diversa rispetto a quella sulla cui base aveva effettuato l'acquisto.

^[34] Nella Provincia di Modena il numero di esecuzioni immobiliari a carico del proprietario che risiede nel bene pignorato rappresenta il 60% del totale.

LA NUOVA CLASS ACTION

Nuova class action: verso una (auspicata) maggiore effettività del private enforcement antitrust e non solo

di Jacopo Nisticò

DEL 25 MAGGIO 2020

Sommario

1. Il nodo irrisolto del private enforcement
2. La nuova disciplina della class action
3. Considerazioni conclusive

1. Il nodo irrisolto del private enforcement

Nell'ambito del *private enforcement antitrust*, una delle maggiori questioni ancora aperte, tanto a livello europeo quanto a livello nazionale, è quella dell'introduzione di mezzi di ricorso collettivo che siano appetibili per i soggetti lesi, nonché in grado di apprestare una tutela effettiva.

Tale peculiare forma di tutela, di antica matrice anglosassone, si è - come oramai noto ai più - radicata in particolare nella cultura processuale statunitense, ove è stata consacrata nella celebre *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* sin dalla prima stesura del 1912.

L'utilità pratica della *class action*, soprattutto in ambito *antitrust*, non è difficile da immaginare. Si pensi, ad esempio, ad un'ipotesi di cartello sui prezzi da parte delle maggiori imprese operanti in un determinato settore, che ha per effetto un lieve aumento nominale dei prezzi di un certo bene^[1]. Ciascun consumatore leso dall'intesa illecita non avrebbe alcuna convenienza ad agire nei confronti delle società autrici della violazione, in quanto il danno sofferto sarebbe di gran lunga inferiore al costo di un'azione legale; contestualmente - ed è l'altro lato della stessa medaglia - gli imprenditori non avrebbero da temere alcuna azione privata per il risarcimento del danno e, in ogni caso, ove anche qualcuno decidesse di immolare il proprio capitale per la tutela del bene primario della concorrenza, molto probabilmente si troverebbe a fronteggiare un gigante con possibilità di spesa enormemen-

te maggiori e un forte interesse a non ottenere una decisione di merito sfavorevole.

Uno strumento come l'azione di classe consente, invece, di rovesciare - o quantomeno riequilibrare - i rapporti di forza tra i partecipanti al mercato. Consente, infatti, di aggregare le singole pretese, garantendo l'accesso alla giustizia a tutti i soggetti lesi dalla pratica anticoncorrenziale, che altrimenti rimarrebbero insoddisfatti. Da altra prospettiva, poi, siffatto meccanismo produce un importante effetto preventivo e deterrente nei confronti delle imprese, le quali sono disincentivate a porre in essere condotte illecite. La *class action*, dunque, presenta, da un lato, una funzione compensativa del pregiudizio subito a causa della violazione delle norme sulla concorrenza; dall'altro lato, una funzione deterrente per le imprese rispetto alla realizzazione di condotte concorrenzialmente illecite.

Il dialogo dottrinale e istituzionale in materia di *class action* in Europa e in Italia è cominciato ed è fiorito negli anni '70, sino a concretizzarsi in alcuni interventi che si sono, purtroppo, sinora rivelati di modesto impatto sulla vita giuridica ed economica di entrambi gli ordinamenti (nella misura in cui possano tenersi separati).

Nel decennio appena trascorso, le istituzioni europee sono intervenute con una serie di provvedimenti di *soft law*, con l'obiettivo di orientare i legislatori nazionali verso una sostanziale (*recte*, processuale) armonizzazione delle rispet-

[1] Per una lucida e interessante analisi del ruolo della *class action* nell'ambito *antitrust*, cfr. R. Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità* 2019, 301 e ss.

tive discipline in materia di *class action*[2]. In particolare, la [Raccomandazione 2013/396/UE](#) dell'11 giugno 2013 ha dettato alcuni principi comuni cui i legislatori nazionali avrebbero dovuto (o meglio, potuto, considerata la non vincolatività dello strumento adottato) uniformare le legislazioni nazionali[3].

Tale approccio, come emerso dalla Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo del 25 gennaio 2018, non ha tuttavia ancora dato i suoi frutti. I dati mostrano, infatti, che nove Stati membri non hanno ancora implementato strumenti di tutela collettiva e che tali strumenti, ove implementati, non sono del tutto armonizzati rispetto ai principi indicati dalla Commissione e spesso, comunque, non sono soddisfacentemente efficaci[4].

Coerentemente con l'approccio prescelto, nella successiva [direttiva 104/2014/UE](#) "*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*" il legislatore europeo si è astenuto dall'intervenire in materia di *class action*, lasciando alla discrezionalità dei legislatori nazionali l'applicazione dei principi dettati dalla direttiva in materia di *private enforcement antitrust* anche all'azione di classe, ove già esistente.

Quanto all'esperienza italiana in materia di tutela collettiva, essa può dirsi incominciata nel 1996, quando è stata introdotta, all'[art. 1469-sexies del Codice civile](#), un'azione collettiva inibitoria in materia di clausole vessatorie contenute nelle condizioni generali di contratto. Successivamente, nel 1998, a tale strumento è stata affiancata una nuova azio-

ne, sempre di carattere inibitorio, ma di più ampio respiro, in quanto diretta alla tutela, in generale, degli interessi collettivi.

Le due azioni, poi, furono recepite nel Codice del consumo, agli artt. [37](#), [139](#) e [140](#), cui si aggiunse, con qualche turbolenza, la più nota *class action* risarcitoria dell'[art. 140-bis](#), il cui esperimento era riservato a "*consumatori e utenti*" per la tutela di diritti lesi tanto in ambito consumeristico, quanto in ambito *antitrust*. Tale ultimo strumento, tuttavia, non ottenne mai il successo sperato. Delle azioni intentate - peraltro, nemmeno numerose - solo la metà hanno superato il vaglio di ammissibilità e pochissime sono state accolte[5].

La deludente *performance* della *class action* consumeristica - particolarmente significativa in ambito *antitrust* - stimolò sin da subito un dibattito sia dottrinale che istituzionale, che sfociò, nel 2013, in una proposta di legge che, arenatasi per qualche tempo al Senato, è stata definitivamente - e finalmente - approvata nel 2019.

Con la [l. 12 aprile 2019, n. 31](#), il legislatore ha completamente rivoluzionato la disciplina dell'azione di classe italiana, trasformandola da rimedio esclusivamente consumeristico a strumento di carattere generale.

Occorre osservare, da ultimo, che in ambito europeo, nelle more dell'approvazione della [predetta l. 31/2019](#), il Parlamento e il Consiglio hanno presentato un pacchetto di misure, denominato "*New deal per i consumatori*", contenente *inter alia* una proposta di direttiva relativa all'azioni rappresentative a tutela degli interessi dei consumatori. Pertanto, è plausibile che in un futuro prossimo la nuova disciplina italiana della *class action* dovrà essere ritoccata.

[2] La dottrina precedente si era espressa in senso contrario all'adozione di provvedimenti di *soft law*, privilegiando soluzioni che prevedessero l'adozione di un apposito strumento legislativo europeo, cfr. B. Hess, *Collective redress and the Jurisdictional Model of the Brussels I Regulation*, in Nuyts-Hatzimihail (a cura di), *Cross Border Class-Actions: The European Way*, Sellier European Law Publishers, 2013, 67; altra parte della dottrina invocava, invece, la modifica del Regolamento Bruxelles sulla giurisdizione, cfr. M. Danov, *The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments*, in *J. Priv. Int'l L.*, 2010, II, 359. Anche a seguito dell'adozione di tali strumenti non sono mancate le critiche, si veda ad esempio A. Toffoletto, E. De Giorgi, *L'implementazione della Direttiva da parte del legislatore italiano e il difficile obiettivo di assicurare un level playing field tra ordinamenti nazionali*, in Benacchio-Carpagnano (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust (Trento, 16-18 aprile 2015)*, Napoli, 2015, 93, ove viene messa in risalto la circostanza che tale approccio rischia di incentivare fenomeni di *forum shopping*.

[3] "*Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione*" ([2013/396/UE](#)); cfr. altresì C. Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionali privatistici e interni*, Napoli 2015, 81 e ss.

[4] "*Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE)*" (COM(2018) 40).

[5] Al 31 dicembre 2018 risultavano esperite solo 48 azioni di classe, di cui 23 inammissibili e solo 4 vittoriose, dati dell'Osservatorio nazionale sulla normativa *antitrust*. Di queste ultime, la più rilevante da un punto di vista economico è quella intentata da Altroconsumo nei confronti di Trenord, che contò 3018 aderenti e un risarcimento pro capite di Euro 100,00.

2. La nuova disciplina della class action

La nuova disciplina si compone di un totale di quindici nuovi articoli, collocati in coda al Codice di procedura civile, nel nuovo Titolo VIII-bis del Libro IV (rubricato «Dei procedimenti collettivi») e numerati da [840-bis](#) a [840-sexiesdecies](#). Se unanimemente apprezzata è stata la collocazione della nuova disciplina nel Codice di procedura civile - in quanto testimonia la acclamata “deconsumerizzazione” dello strumento^[6] - non esente da critiche è il suo posizionamento in coda al Libro IV e sinceramente incomprensibile è la numerazione scelta per i nuovi articoli, che ben avrebbero potuto seguire la numerazione ordinaria^[7].

Al fine di consentire al Ministero della Giustizia di adeguare le infrastrutture informatiche necessarie al compimento delle attività processuali con modalità telematiche, la *vacatio legis* della legge in parola è stata estesa a dodici mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 18 aprile 2019. Da ultimo, tale termine è stato prorogato di ulteriori sette mesi con il [d.l. 30 dicembre 2019, n. 162](#), convertito in [l. 28 febbraio 2020, n. 8](#) (c.d. «Milleproroghe»), pertanto la nuova disciplina sarà applicabile dal (e alle condotte commesse a partire dal) 19 novembre 2020.

Quanto alle novità, dal punto di vista dell'ambito oggettivo della disciplina, sebbene sotto tale profilo non si registrino grandi innovazioni per quanto particolarmente concerne la materia del *private enforcement antitrust*, vale la pena comunque rilevare il - benvenuto - totale disinteressamento del legislatore rispetto all'esistenza di rapporti contrattuali tra l'impresa e la parte lesa. Oggetto della nuova tutela collettiva saranno, dunque, tutti i “diritti individuali omogenei”, indipendentemente dalla loro genesi contrattuale o extracontrattuale^[8].

Giova ricordare che è oramai pacifica la risarcibilità ai sensi dell'[art. 2043 c.c.](#), nel nostro ordinamento, del danno derivante dalla violazione delle norme sulla concorrenza, che pertanto ben potrà essere (e verosimilmente lo sarà in misura considerevole) oggetto della nuova *class action*.^[9]

Da un punto di vista prettamente processuale, il *petitum* im-

mediato dell'azione di classe sarà l'accertamento della responsabilità e la conseguente condanna del resistente al risarcimento del danno e/o alle restituzioni, anche di cose^[10]. Quanto al profilo soggettivo, la nuova disciplina - ed è qui che si registra l'innovazione di gran lunga più rilevante ai fini dello sviluppo del *private enforcement* - opera, come detto, una totale “deconsumerizzazione” della *class action*, rendendolo uno strumento processuale disponibile a tutti i consociati.

Per quanto specificamente concerne l'ambito *antitrust*, pertanto, è ora configurabile un'azione di classe tra sole imprese. Si pensi, ad esempio, ad un'azione a tutela dei diritti individuali omogenei dei molteplici soggetti coinvolti nella catena di distribuzione di un bene prodotto e distribuito su scala macro-massiva, per il risarcimento del danno derivante dalla condotta concorrenzialmente illecita del produttore. In passato, tutti i soggetti lesi - che ben potrebbero essere diverse decine - avrebbero dovuto intentare costose azioni individuali risarcitorie (col forte rischio di dare vita a complessi processi pluriparte). La nuova disciplina consente, invece, una tutela collettiva anche in favore di queste imprese.

Ragionando in termini di mera opportunità, inoltre, è evidente come un'azione intentata da una singola impresa nei confronti di altra impresa collocata più in alto nella catena distributiva - e verso cui magari si trova in una situazione di dipendenza economica - possa pregiudicare gravemente la posizione di mercato della prima impresa. La tutela collettiva, invece, consente una ripartizione di questo rischio tra tutti i membri della classe di imprenditori aderenti, svolgendo quindi anche un'importante funzione equitativa.

Sul fronte della legittimazione passiva, essa va ricondotta, ai sensi del [secondo comma del nuovo art. 840-bis c.p.c.](#), a imprese ed enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, senza tuttavia alcuno specifico riferimento ai professionisti in senso stretto. È stato, ad ogni modo, notato che, ai fini della tutela *antitrust*, è ben possibile accogliere una nozione di imprenditore che vada oltre quella dell'[art. 2082 c.c.](#) e che ricomprenda, quindi, anche i professionisti^[11].

Legittimati attivi a proporre l'azione sono (*recte*, saranno)

[6] B. Sassani, *Prefazione*, in Sassani (a cura di), *Class action*, Pisa 2019, ix e ss.

[7] Sul punto è molto netto C. Consolo, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. Giur.* 2019, 737 ss.

[8] Quanto al requisito dell'omogeneità, essa sembra doversi individuare nella mera dipendenza di ciascun diritto individuale dalla medesima condotta illecita. Così A. Giussani, *La riforma dell'azione di classe*, *Riv. dir. proc.* 2019, 1573.

[9] Cfr. Cass. civ. sez. un., [4 febbraio 2005, n. 2207](#), in *Giur. It.* 2005, 1675, nonché Cass. civ., 23 agosto 2005, n. 17112, in *Obbl. contr.* 2006, 1, 68. Cfr. altresì M. Scuffi, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.* 2009, 341 e ss.

[10] *Ibidem*.

[11] *Ivi*, 1574.

tutti i membri della classe, anche singolarmente, nonché associazioni e organizzazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari includano la tutela del diritto che si assume lesa. Tali organizzazioni e associazioni, per poter godere delle legittimazione ad agire dovranno essere iscritte - e mantenere l'iscrizione - in un apposito elenco tenuto presso il Ministero della Giustizia^[12].

Come per l'azione di classe dell'[art. 140-bis cod. cons.](#) - e a differenza che nel sistema statunitense -, l'inclusione nella classe non è automatica, bensì si realizza attraverso un meccanismo di *opt-in* ed è, dunque, subordinata all'esercizio di una facoltà posta in capo alla parte che si ritiene lesa.

Sotto questo aspetto, la novità consiste nelle possibilità di accesso concesse dal meccanismo di *opt-in*. La nuova disciplina prevede, infatti, ben due momenti dedicati all'adesione: in seguito al favorevole esito della fase di ammissibilità e - sorprendentemente - dopo la sentenza di accoglimento. Da un punto di vista prettamente procedurale, la nuova azione di classe sarà governata da un rito sommario di cognizione soggetto a numerosi correttivi^[13]. Tra i più rilevanti: la competenza territoriale apparterrà alla sezione specializzata in materia di impresa "competente per il luogo in cui ha sede la parte resistente", escludendo quindi l'operatività dei fori facoltativi dell'[art. 20 c.p.c.](#); viene espressamente esclusa la possibilità di mutamento del rito; la decisione finale sarà resa in forma di sentenza.

Il procedimento conterà, nel primo grado, di tre fasi: ammissione, trattazione e svolgimento dell'istruttoria, decisione.

Introdotta il giudizio con ricorso - che la cancelleria competente dovrà pubblicare "nell'area pubblica del portale dei servizi telematici" entro dieci giorni - il Tribunale dovrà giudicare dell'ammissibilità dell'azione con ordinanza, anch'essa destinata ad essere pubblicata nel predetto portale. Tale incisiva attività di pubblicità ha, da un lato, lo scopo di stimolare le adesioni all'azione; dall'altro, di determina-

re l'inammissibilità delle azioni basate su diritti nascenti dagli stessi fatti, effetto che si realizzerà decorsi 60 giorni dalla pubblicazione *online*. I ricorsi depositati in tale lasso temporale, invece, saranno riuniti al primo ricorso, come previsto dall'[art. 840-quater c.p.c.](#)^[14].

I criteri di ammissibilità del ricorso sono rimasti i medesimi della precedente versione dello strumento in parola. Il Tribunale dichiarerà l'azione inammissibile in caso ravvisi: 1) la manifesta infondatezza della stessa; 2) la disomogeneità dei diritti individuali; 3) una situazione di conflitto di interessi tra ricorrente e resistente; 4) l'inidoneità del ricorrente a curare gli interessi della classe.

Criteri, questi ultimi due, già in passato dimostratisi troppo generici e fortemente dipendenti dalla discrezionalità del giudice. Ad ogni modo, sarà la prassi a delineare negli anni a venire i confini di tali criteri.

All'ordinanza di ammissibilità seguirà l'inizio della seconda fase del giudizio, dedicata all'accertamento della responsabilità della parte resistente e al primo *round* di adesioni.

Al giudice è affidato il delicato compito di dirigere l'istruzione e la trattazione della causa con gli strumenti che riterrà più opportuni. In particolare, il giudice potrà disporre la consulenza tecnica d'ufficio, i cui costi "salvo sussistano motivi specifici" saranno a carico della parte resistente, nonché ordinare l'esibizione "delle prove rilevanti che rientrano nella sua disponibilità".

La disciplina dell'ordine di esibizione (contenuta nei commi dal [quinto](#) al [tredicesimo](#) dell'[art. 840-quinquies c.p.c.](#)), peraltro, è modellata sugli artt. 3 e ss. del d.lgs. 3/2017, con cui è stata recepita in Italia la predetta [direttiva 104/2014/UE](#) in materia di risarcimento del danno *antitrust*^[15].

Peculiare la sanzione prevista dal legislatore della riforma: ove il resistente non ottemperi all'ordine di esibizione, il giudice può comminare, ai sensi dell'[art. 840-quinquies, comma undicesimo, c.p.c.](#), una sanzione amministrativa di valore compreso tra diecimila e centomila euro^[16].

[12] Ai sensi del nuovo [art. 196-ter disp. att. c.p.c.](#), sarà compito del Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico, dettare i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione dall'elenco, oltre che la misura del tributo dovuto per mantenere la posizione. Sul punto, perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale della previsione sono state espresse da C. Consolo, *op. cit.*, 738, nonché da A. Giussani, *op. cit.*, 1574.

[13] In dottrina non sono mancate forti critiche rispetto alla formulazione del nuovo [art. 840-ter c.p.c.](#), deputato alla regolazione della fase di introduzione-ammissibilità dell'azione, in quanto ritenuto gravemente lacunoso in relazione alla complessità dell'azione di classe, cfr. G. Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *www.judicium.it*.

[14] Più che di una riunione tra procedimenti, si tratterà di una inclusione dei promotori delle azioni successive e relativi aderenti tra gli aderenti alla prima azione. Per alcune interessanti considerazioni sul punto, cfr. C. Consolo, *op. cit.*, 740.

[15] Sul punto, in dottrina si è parlato di *disclosure*, cfr. F. Tedioli, *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, in *Studium Iuris* 2019, 1413.

[16] È stato osservato che tale previsione, unitamente a quella relativa all'adossamento delle spese di CTU in capo alla parte resistente, testimoni un velato *favor* del legislatore per la parte ricorrente, cfr. M. Franzoni, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e responsabilità* 2019, 310.

Al termine della fase di istruzione e trattazione, il Tribunale pronuncerà una sentenza che avrà ad oggetto il solo accertamento della responsabilità della parte resistente per la lesione dei diritti individuali omogenei dedotti in giudizio e non, come invece avveniva durante l'operatività della disciplina dell'[art. 140-bis cod. cons.](#), la liquidazione del danno.

La sentenza di accoglimento, quanto alla sua efficacia, si presenta come una condanna generica del resistente nei confronti della classe^[17], che sarà completata, all'esito della successiva - e conclusiva - fase, da un decreto di accoglimento (o rigetto) delle specifiche domande risarcitorie presentate da ciascun membro della classe.

Inoltre, la sentenza di accoglimento darà inizio alla fase finale - e più peculiare - del procedimento^[18]. Una volta accolta la domanda, come detto, si aprirà la seconda finestra temporale utile per l'adesione: ciascun membro della classe potrà proporre la propria domanda di adesione ai sensi dell'[art. 840-septies c.p.c.](#) e avverso tali domande il resistente avrà la possibilità di controdedurre in un'unica memoria.

A questo punto, sarà compito del rappresentante comune degli aderenti - soggetto nominato dal Tribunale tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare - redigere un progetto di soddisfazione degli aderenti che tenga conto dei singoli diritti individuali omogenei di ciascuno di essi.

A seguito di una breve fase interlocutoria tra gli aderenti, il resistente e il rappresentante comune circa il contenuto del progetto, questo viene sottoposto al Tribunale, il quale si pronuncerà con un decreto motivato su ciascuna domanda. Tale decreto conterrà anche la liquidazione del compenso del rappresentante comune, del "compenso premiale" spettante agli avvocati difensori del ricorrente - calcolato secondo le medesime modalità applicate al calcolo del compenso del rappresentante comune, di cui all'[art. 840-novies c.p.c.](#) -, che sarà pagato direttamente dalla parte soccombente^[19], nonché di eventuali compensi spettante ad avvocati che hanno assistito soggetti che hanno aderito successivamente alla sentenza di accoglimento.

Tale decreto costituirà titolo esecutivo e potrà essere impugnato, entro 30 giorni dalla sua comunicazione, dal resistente, dal rappresentante comune e dagli avvocati, sia del ricorrente che degli aderenti.

I possibili scenari di concreta soddisfazione dei diritti individuali omogenei degli aderenti - e di chiusura del procedimento - sono ben quattro: pagamento spontaneo del resistente, procedimento esecutivo collettivo, definizione anticipata della controversia sulla base di un accordo proposto da Tribunale e accettato da ricorrente e resistente, transazione successiva alla sentenza di accoglimento tra il resistente e il rappresentante comune.

Da un punto di vista pratico, l'ipotesi più interessante sembra l'ultima. In buona sostanza, il meccanismo prevede che il rappresentante comune negozi con il resistente un accordo transattivo, da sottoporre a ciascun aderente. A questo punto, ricevuta la comunicazione, gli aderenti medesimi avranno 15 giorni per formulare proprie eventuali "motivate contestazioni". Dopodiché, entro i 30 giorni successivi, il giudice pronuncerà un provvedimento di autorizzazione (o meno) alla stipula e, entro i 15 giorni successivi, coloro che avevano formulato le proprie contestazioni, potranno esercitare un vero e proprio diritto di *opt-out* e ritirare la propria adesione. Peraltro, l'accordo transattivo, ove raggiunto, sarà vincolante esclusivamente nei confronti degli aderenti che vi hanno - si conceda il gioco di parole - aderito.

Infine, l'[art. 840-quinquiesdecies c.p.c.](#) prevede un'ipotesi di chiusura non soddisfacente del procedimento. Ove il giudice - cui, ancora una volta, è lasciata forse un'eccessiva discrezionalità - ritenga che non vi siano possibilità di raggiungere un ragionevole soddisfacimento degli aderenti, può chiudere la procedura con un decreto motivato, impugnabile ai sensi dell'[art. 840-undecies c.p.c.](#)

3. Considerazioni conclusive

Alla luce dell'*excursus* svolto, occorre formulare qualche breve considerazione finale. Che la nuova disciplina non sia esente da - anche gravi - criticità è davanti agli occhi di tutti. Tralasciando i profili inerenti la tecnica legislativa, si pensi, per rimanere ancorati a quanto detto nelle pagine che precedono, ai profili di incostituzionalità derivanti dalla subordinazione della legittimazione ad agire delle organizzazioni ed associazioni al pagamento di un tributo, che «*a stento può dirsi in linea con l'art. 24 Cost.*» secondo dottrina più che autorevole^[20]. Si pensi, ancora, ai criteri di ammissibi-

[17] Cfr. C. Consolo, *op. cit.*, 741.

[18] Con riguardo all'impugnazione della sentenza, le nuove norme non chiariscono se essa sarà disciplinata dalle norme dell'appello ordinario ovvero dell'appello ex [art. 702-quater c.p.c.](#) Autorevole dottrina, cui si aderisce, propende per la prima opzione, cfr. C. Consolo, *op. cit.*, 741.

[19] Occorre rilevare che ai fini dell'adesione alla *class action* già avviata non sarà necessario il ministero di un difensore, in quanto l'aderente, non assumendo la qualità di parte, non dovrà svolgere attività processuale.

[20] Cfr. *retro* nt. 12. Per un'analisi di ulteriori profili di illegittimità costituzionale di alcune norme della nuova disciplina, cfr. A. Carratta, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in A. Carratta (a cura di), *La Class action riformata*, in *Giur. It.* 2019, 2297 e ss.

lità che sono rimasti identici, nonostante proprio il vaglio di ammissibilità sia stato uno dei più grandi deterrenti alla proposizione di azioni di classe nella vigenza della vecchia disciplina. Seppur in questa sede descritta solo superficialmente, non sarà, poi, sfuggita la grande macchinosità del procedimento che, in particolare, nella sua terza fase, sarà verosimilmente di assai difficoltosa gestione sia per gli avvocati della parte ricorrente, sia per il rappresentante comune degli aderenti.

Fonte di non poca preoccupazione, inoltre, è anche il grande margine di discrezionalità lasciato ai giudici in talune occasioni, che sarà meglio circoscritto e - verosimilmente - temperato dalla prassi.

Ad ogni modo, ferme le criticità - se ne sono evidenziate solo alcune -, questa riforma di certo rappresenta una manifestazione dell'interesse del legislatore a non lasciar cadere lo sviluppo di una disciplina che, come è stato osservato da autorevole dottrina, rappresenta oramai "*strumentazione complessa quanto vitale, non tanto e solo per i creditori ma a più ampio raggio, per la società moderna*"^[21].

Strumentazione vitale soprattutto in ambito *antitrust*, poiché i privati - siano essi, a questo punto, consumatori o imprenditori - giocano un ruolo determinante nell'*enforcement* del

diritto della concorrenza, soprattutto dal punto di vista della prevenzione delle condotte illecite. L'auspicio è che l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione dello strumento, includendo anche numerosi soggetti prima esclusi da tale tipologia di tutela, si sostanzi in un rafforzamento della sua funzione deterrente e possa quindi garantire una maggiore effettività del *private enforcement*. Sarà la prassi applicativa dello strumento a rivelare se tali speranze siano, in realtà, mal riposte.

Di certo, gli sforzi fatti finora, seppure apprezzabili - sicuramente nelle intenzioni - non sono ancora sufficienti. Presto, infatti, sarà necessario effettuare un'opera di ri-disegnazione di alcuni concetti del diritto privato, con lo scopo di costruire una dogmatica propria della tutela collettiva e fare in modo che questa non sia uno strumento esotico di applicazione collettiva di nozioni elaborate sugli individui, bensì uno strumento pienamente efficace^[22].

È opinione di chi scrive, infine, che nelle intenzioni del legislatore un ruolo di assoluta centralità dovrà essere giocato dall'avvocatura che, incentivata dal «compenso premiale» previsto, sarà stimolata a fare da motrice del nuovo mercato della tutela collettiva^[23].

[21] Cfr. C. Consolo, *op. cit.*, 737.

[22] In questo senso, P.G. Monateri, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e resp.* 2019, 314.

[23] Nello stesso senso, C. Consolo, *op. cit.*, 742.

SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI: NOVITÀ

Il Regolamento (UE) n. 2019/1111: le novità in materia di sottrazione internazionale di minori

di Michele Angelo Lupoi

DEL 27 MAGGIO 2020

Sommario

1. Introduzione: la disciplina del regolamento UE 2201/2003
2. Le novità introdotte dal regolamento n. 1111 del 2019: la decisione sul ritorno del minore
3. L'esecuzione della decisione sul ritorno del minore sottratto
4. (Segue): un elemento di flessibilità
5. Conclusioni

1. Introduzione: la disciplina del regolamento UE 2201/2003

Come ho scritto in un mio articolo pubblicato in Aula Civile qualche mese fa^[1], il 25 giugno 2019 è stato approvato dal Consiglio dell'Unione europea il [regolamento n. 1111 del 2019](#), relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori^[2], di rifusione del regolamento [n. 2201 del 2003](#) (c. d. Bruxelles II bis). Dopo avere esaminato, nel mio precedente scritto, le novità in materia di giurisdizione, in queste pagine propongo una prima lettura delle nuove disposizioni sulla sottrazione internazionale di minori.

In questo ambito, come noto, il legislatore europeo, con il

regolamento [n. 2201 del 2003](#), ha introdotto norme volte ad implementare, nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione, il principio dell'automatico ritorno del minore enunciato dalla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 su taluni aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, ratificata dall'Italia con la legge n. 64 del 15 gennaio 1994^[3]. La sottrazione internazionale di minori, in effetti, entra a pieno titolo nell'ambito della responsabilità genitoriale cui si applica la disciplina europea.

In particolare, la disciplina del [regolamento n. 2201](#) in questo ambito integra^[4] (e in parte modifica) i meccanismi operativi della convenzione del 1980, per ridurre, nell'ambito dello spazio europeo di giustizia, le ipotesi di diniego al ri-

[1] Mi riferisco all'articolo "La rifusione del regolamento Bruxelles II bis in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: le norme sulla giurisdizione", pubblicato sul numero di gennaio 2020 delle Pagine dell'Aula Civile, p. 50.

[2] L'applicazione del nuovo regolamento è rinviata al 1° agosto 2022. Dalla medesima data, l'art. 104 prevede l'abrogazione del [regolamento n. 2201 del 2003](#). Il nuovo regolamento si applicherà solo alle azioni proposte, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e agli accordi registrati il o posteriormente al 1° agosto 2022. Il [regolamento n. 2201 del 2003](#), per contro, continuerà ad applicarsi alle decisioni rese nelle azioni proposte, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e agli accordi che sono divenuti esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi anteriormente al 1° agosto 2022 e che rientrano nel suo ambito di applicazione (art. 100). Gli art. 92, 93 e 103 si applicano però dal 22 luglio 2019.

[3] Si tratta di uno strumento normativo di grande successo, ratificato da un numero consistente di Stati, rispetto al quale esiste una bibliografia sterminata: mi limito a richiamare Anton, *The Hague convention on international child abduction*, in *Int. comp. law quar.*, 1981, p. 537; Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Ginevra, 2003; Carella, *La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1994, p. 777; Fiorini, *Habitual residence and the newborn - A French perspective*, in 61 *Int. comp. law quar.*, 2012, p. 530; Kruger, *International child abduction. The inadequacies of the law*, Oxford, 2011; Lena, *Affidamento e custodia quali presupposti per il rimpatrio del minore, tra convenzione de l'Aja e diritto interno*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 190; Salzano, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milano, 1995; Silberman, *Hague convention on international child abduction: a brief overview and case law analysis*, in *Fam. l. quar.*, 1994, p. 9; Vigers, *Mediating international child abduction cases. The Hague convention*, Oxford, 2011.

[4] Cass., 14 luglio 2010, n. 16549, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 688.

torno del minore nello Stato membro d'origine. Come si desume anche dall'[art. 62\[5\]](#), in effetti, il regolamento n. 2201 non aspira a sostituirsi alla convenzione del 1980, ma si interfaccia con quest'ultima, al fine di dare, alla sottrazione di minori tra Stati membri dell'Unione, soluzioni meglio rispondenti ai principi ispiratori dello spazio europeo di giustizia, in particolare quelli della fiducia reciproca tra gli Stati membri e dell'equivalenza tra l'attività giudiziaria svolta dalle giurisdizioni nazionali[\[6\]](#).

Per quanto ci interessa qui, in particolare, il [regolamento n. 2201](#), prevede un meccanismo integrativo delle norme della convenzione del 1980, per fare sì che, nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione, dopo una decisione di diniego del ritorno da parte del giudice dello Stato "di rifugio" del minore, la parola finale, al riguardo, sia comunque riservata al giudice dello Stato d'origine.

Il riferimento è all'[art. 11](#) del regolamento n. 2201 che, per quanto ci riguarda in questa sede, nell'ipotesi in cui un giudice nazionale respinga la richiesta di ritorno di un minore in base all'[art. 13](#) della convenzione del 1980, dispone che tale giudice non si possa limitare ad un provvedimento di rigetto della relativa istanza: egli, infatti, ai sensi del [para. 6](#), è tenuto a trasmettere (direttamente ovvero tramite la sua Autorità centrale) una copia del proprio provvedimento e dei pertinenti documenti (in particolare, una trascrizione delle audizioni svoltesi dinanzi a lui) all'autorità giurisdizionale competente o all'Autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, come stabilito dalla legislazione nazionale. Tale comunicazione deve avvenire entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

A questo punto, salvo che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o del man-

cato ritorno non sia già stata adita da una delle parti, l'autorità giurisdizionale o l'Autorità centrale che riceve le informazioni appena menzionate deve darne comunicazione alle parti e invitarle a presentare le proprie conclusioni, conformemente alla legislazione nazionale, entro tre mesi dalla data della notifica, affinché l'autorità esamini la questione dell'affidamento del minore.

Qualora tali conclusioni non siano fatte pervenire entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale in questione archivia il procedimento e, ai sensi dell'[art. 10, lett. b\), iii\)](#) del regolamento Bruxelles II *bis*, la competenza giurisdizionale viene attribuita al giudice della "nuova" residenza abituale del minore. Nell'ipotesi opposta, per contro, nello Stato di origine viene instaurato un procedimento che la Cassazione[\[7\]](#), in mancanza di precisazioni da parte del legislatore europeo, ha qualificato come riesame sommario delle valutazioni compiute dal giudice straniero con nuova e globale valutazione degli elementi probatori acquisiti da quest'ultimo, eventualmente da integrare con quelli ulteriormente acquisiti a seguito di sommarie informazioni, ed una autonoma interpretazione della pertinente disciplina sostanziale, al cui esito viene emessa una decisione o confermativa del provvedimento di diniego del ritorno - eventualmente anche per ragioni diverse od ulteriori da quelle addotte dall'altro giudice -, ovvero "sostitutiva" dello stesso provvedimento, prescrivendo il ritorno del minore[\[8\]](#), senza che del procedimento stesso sia oggetto necessario il diritto di affidamento come questione preliminare da decidere prima di esaminare la questione del ritorno del minore. Con tale procedimento, in effetti, il [regolamento n. 2201](#) mira ad assicurare non solo il ritorno immediato del minore nello Stato in cui risiedeva prima dell'*abduction*, ma anche a mettere in condizione le corti d'origine di valutare le ragioni e le prove alla base della decisione di non rientro emessa nello Stato di "rifugio"[\[9\]](#).

Il [regolamento n. 2201](#) ha introdotto, altresì, nella disciplina

[5] Per cuigli accordi e le convenzioni di cui all'[art. 59, para. 1](#), e agli artt. [60](#) e [61](#) continuano a produrre effetti nelle materie non disciplinate dal regolamento. Inoltre, al [para. 2](#), si stabilisce che le convenzioni di cui all'[art. 60](#), in particolare quella dell'Aia del 1980, continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti, conformemente all'[art. 60](#).

[6] Tale approccio emerge dal considerando 17 del [regolamento n. 2201](#), per cui, in caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenere immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980, come integrata dalle disposizioni del [regolamento n. 2201](#), in particolare il suo [art. 11](#). I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente, inoltre, dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati: tuttavia, una simile decisione dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro. Questa frase esprime in effetti la "filosofia" dell'approccio del regolamento alla sottrazione internazionale dei minori, che, sul punto, si discosta significativamente dalla convenzione del 1980. V. pure Cass., [14 luglio 2010, n. 16549](#), cit.

[7] Cass., [14 luglio 2010, n. 16549](#), cit.

[8] Cass., [14 luglio 2010, n. 16549](#), cit.

[9] Corte giust., [11 luglio 2008, c. 195/08 PPU](#), Inga Rinau, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 31, p. 110. Si ritiene, peraltro, che il giudice di merito possa emettere la de-

uniforme sulla circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale tra gli Stati membri dell'Unione, alcune disposizioni *ad hoc* sull'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di rientro emessi in uno Stato membro rispetto a minori illecitamente trasferiti in uno Stato diverso. Per quanto ci interessa qui, il regolamento n. 2201 prevede l'esecuzione immediata, senza necessità di previa concessione di un *exequatur* nello Stato ospite e senza possibilità di opposizione, dei provvedimenti dello Stato di origine che dispongono, ai sensi dell'art. 11, para. 8, il rientro del minore illecitamente trasferito all'estero, a seguito del diniego di rientro pronunciato dal giudice straniero ai sensi dell'art. 13 della convenzione[10]. I provvedimenti in questione, infatti, richiedono, di norma, un'attuazione rapida, incompatibile con i tempi (e i meccanismi) del procedimento di *exequatur*. L'esecuzione diretta di una decisione con cui sia stato ordinato il ritorno di un minore è disciplinata dall'art. 42, il quale richiede che la decisione in questione sia esecutiva nello Stato d'origine e certificata dal giudice d'origine sulla base di un apposito modello *standard*, redatto nella lingua della decisione. La Corte di giustizia ha chiarito che l'emissione del certificato in questa ipotesi presuppone che, nello Stato in cui il minore sia stato trasferito illecitamente, sia stata previamente pronunciata una decisione contraria al ritorno dello stesso nello Stato di origine: secondo i giudici europei, infatti, l'art. 11, para. 8, implica un rapporto di successione temporale tra una decisione di non-rientro e la decisione successiva che dispone invece il ritorno del minore[11].

Il certificato in questione può essere emesso d'ufficio, al momento in cui la decisione diventa esecutiva e può essere rettificato in conformità alla legge dello Stato di appartenenza del giudice stesso (art. 43). Contro il rilascio di tale attestazione non è però ammesso alcun mezzo di impugnazione. Si prevede solo un procedimento di controllo e correzione di eventuali errori materiali, quando il certificato non rispecchi correttamente il contenuto della decisione (conside-

rando n. 24).

La decisione sul rientro del minore può essere eseguita nello Stato *ad quem* dietro esibizione di una copia autentica della stessa e del relativo certificato, debitamente tradotto in una delle lingue accettate dallo Stato (art. 45). Come messo in evidenza dai giudici del Lussemburgo, in questi casi, il giudice dello Stato di esecuzione non può che constatare l'efficacia esecutiva di una decisione certificata ai sensi del regolamento n. 2201 dal giudice dello Stato di origine del minore[12]. L'unico limite a tale esecuzione diretta è previsto dall'art. 47, per l'ipotesi in cui la decisione "certificata" sia incompatibile con un'altra decisione esecutiva emessa posteriormente. A questo riguardo, comunque, si è chiarito che la decisione incompatibile successiva deve essere emessa dal giudice d'origine e non da quello dello Stato dell'esecuzione[13]. La Corte ha pure affermato che l'esecuzione nello Stato non possa essere negata adducendo un mutamento delle circostanze, sopravvenuto dopo la sua emanazione: un simile mutamento, infatti, dovrebbe essere dedotto dinanzi al giudice dello Stato d'origine, con un'eventuale istanza di sospensione dell'esecuzione della sua decisione[14].

Escludendo qualsiasi opposizione avverso la decisione "certificata", d'altro canto, si assicura che l'efficacia delle disposizioni del regolamento non sia vanificata da abusi procedurali[15].

2. Le novità introdotte dal regolamento n. 1111 del 2019: la decisione sul ritorno del minore

Nell'esperienza applicativa del regolamento n. 2201, nella materia qui esaminata, i principali problemi si sono riscontrati rispetto all'esecuzione *cross-border* dei provvedimenti sul ritorno nello Stato di origine di minori sottratti illecitamente[16]. Come dimostra la giurisprudenza degli Stati membri e della Corte di giustizia, in questo ambito, di là dalla enunciazione dei principi e dalla formulazione delle norme, si registra notevole resistenza da parte degli Stati mem-

cisione di cui all'art. 11 del regolamento n. 2201 anche in assenza di una formale trasmissione del provvedimento straniero e degli atti relativi, affermandosi che l'esame delle motivazioni addotte dal giudice straniero possa avvenire anche qualora, nella decisione, non si faccia espressamente riferimento all'art. 13 della convenzione dell'Aja: Trib. min. Emilia Romagna, 7 maggio 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 38.

[10] Al riguardo, App. Catania, 21 luglio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 363, ritiene che il provvedimento cui la norma fa riferimento non può essere sommario e anticipatorio, dovendosi trattare piuttosto della statuizione di merito definitiva.

[11] Corte giust., c. *Inga Rinau*, cit.

[12] Corte giust., 22 dicembre 2010, c. 491/10 PPU, *Andoni Aguirre Zarraga c. Pelz*.

[13] Corte giust., 1° luglio 2010, c. 211/10 PPU, *Povse c. Alpagó*.

[14] Corte giust., c. *Povse c. Alpagó*, cit.

[15] Corte giust., c. *Inga Rinau*, cit.

[16] V. anche Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 248.

bri a garantire l'effettività del sistema di circolazione delle decisioni all'interno dell'Unione, con procedimenti che si dilungano per anni e con risultati spesso ostativi all'attuazione del provvedimento straniero.

Il [regolamento n. 1111 del 2019](#) cerca, dunque, di dare una risposta anche a queste problematiche.

In effetti, nel nuovo regolamento, la materia della sottrazione internazionale è affrontata in modo più organico e sistematico rispetto al [regolamento n. 2201](#). Il maggior rilievo attribuito dal legislatore europeo a questo tema è dimostrato anche dal fatto che la sottrazione internazionale dei minori è stata inserita nello stesso "titolo" del nuovo regolamento. D'altro canto, quello qui in esame si è rivelato uno degli ambiti più delicati tra quelli cui si applica la disciplina uniforme europea sulla responsabilità genitoriale. È qui, infatti, che la fiducia reciproca affermata a livello teorico si scontra maggiormente con le prassi delle corti nazionali che, sovente, operano in modo poco conforme a tale principio. Anche in questo caso, peraltro, il legislatore lavora "di cesello", nel rispetto dell'impianto dalla convenzione dell'Aja del 1980, cui cerca di dare migliore e più efficace attuazione nei rapporti tra gli Stati membri^[17].

Nel [regolamento n. 2201](#), della materia si occupa il solo [art. 11](#). Per contro, nella "rifusione" compare un intero capo intitolato, appunto, "sottrazione internazionale di minori", composto da 8 articoli (da [22](#) a [29](#)). Il capo relativo all'esecuzione delle decisioni in questo ambito è poi stato riscritto con significative innovazioni.

L'[art. 22](#), invero, si limita a stabilire che, nei rapporti tra gli Stati membri, al procedimento e all'esecuzione dei provvedimenti in materia di sottrazione di minori, a integrazione della convenzione dell'Aia del 1980, si applicano gli [arti. da 23 a 29](#), e il capo VI, del nuovo regolamento, così confermando il ruolo appunto "integrativo" svolto dalla normativa uniforme europea rispetto alle più generiche disposizioni della convenzione del 1980.

Il regolamento non interviene sulla ripartizione delle competenze interne in materia di sottrazione di minori^[18], ma il considerando 41 esplicita l'invito agli Stati membri, affinché i procedimenti di ritorno ai sensi della convenzione dell'A-

ia del 1980 si concludano quanto prima, a prendere in esame, coerentemente con la rispettiva struttura giudiziaria nazionale, l'eventualità di concentrare la competenza per tali procedimenti in un numero quanto più limitato possibile di autorità giurisdizionali, in modo da ridurre i tempi per l'esame delle domande di rientro e garantire maggiore specializzazione dell'autorità giudiziaria competente. La competenza per le cause di sottrazione di minori potrebbe così concentrarsi in un'unica autorità giurisdizionale per l'intero paese o in un numero limitato di autorità giurisdizionali, partendo, ad esempio, dal numero di autorità giurisdizionali dell'impugnazione e concentrando la competenza per le cause di sottrazione internazionale di minori in un'autorità giurisdizionale di primo grado all'interno di ogni circoscrizione di corte di appello. La situazione italiana, rispetto a tale profilo, si presenta come intermedia tra una competenza diffusa ed una accentrata, dal momento che la sottrazione internazionale rientra nella competenza per materia dei Tribunali per i minorenni, distribuiti su base tendenzialmente regionale. La situazione comunque non è appagante, sul piano della specializzazione, considerato che alcuni Tribunali sono molto più attivi di altri e che una maggiore concentrazione delle competenze, in questo ambito potrebbe garantire maggiore uniformità e rapidità nello smaltimento delle richieste di ritorno.

Sul piano procedimentale, l'accento è sull'accelerazione dei tempi per l'esame, la trattazione e la decisione sulle istanze di ritorno di un minore asseritamente sottratto, a partire dal primo intervento delle autorità centrali. In effetti, l'[art. 23](#) esordisce prevedendo che le autorità centrali debbano procedere al «rapido trattamento» delle domande di ritorno ricevute ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980. Si tratta di una disposizione priva di reale contenuto precettivo, ma senz'altro utile per sensibilizzare le autorità centrali ad accelerare i tempi di smaltimento delle richieste ricevute. La norma va integrata con la disposizione dell'[art. 24](#) che fissa in sei settimane la durata «massima» di ciascuna «fase» del procedimento per il ritorno dei minori sottratti.

Il para. 2 della norma in esame entra nel dettaglio, con norme di diritto uniforme che impongono all'autorità centrale dello Stato membro richiesto di «accusare ricevuta» di ogni do-

^[17] L'[art. 96](#), al riguardo, stabilisce che qualora un minore sia stato trasferito o trattenuto illecitamente in uno Stato membro diverso dallo Stato membro nel quale aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato ritorno, continuano ad applicarsi le disposizioni della convenzione dell'Aia del 1980 integrate dalle disposizioni dei capi III e IV del regolamento. Se una decisione resa in uno Stato membro che dispone il ritorno del minore ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980 deve essere riconosciuta ad eseguita in un altro Stato membro in seguito a un ulteriore trasferimento illecito o mancato ritorno del minore, si applica il capo IV.

^[18] Non è stata accolta, in effetti, la proposta della Commissione di intervenire direttamente in materia, imponendo agli Stati membri di organizzare il sistema giudiziario nazionale in modo da concentrare la competenza sulle domande in materia di sottrazione internazionale in un numero limitato di sedi territoriali: v. Honorati, *op. cit.*, p. 258.

manda pervenuta ai sensi dell'art. 22 entro cinque giorni lavorativi dalla data di ricevimento della domanda stessa, nonché di informare, senza indebito ritardo, l'autorità centrale dello Stato membro richiedente o l'istante, secondo il caso, delle prime misure che sono state o saranno prese per trattare la domanda, potendo richiedere tutte le informazioni o i documenti supplementari che considera necessari.

Alla celerità del procedimento giudiziario è poi dedicato l'art. 24, cui para. 1 richiede all'autorità giurisdizionale alla quale è stata presentata la domanda per il ritorno del minore di procedere al "rapido trattamento" della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste nel diritto nazionale. In altre parole, non si introducono norme processuali comuni, ma si responsabilizzano gli Stati membri (e le corti nazionali, ove la questione sia rimessa alla loro attività interpretativa) ad avvalersi, in questo contesto, delle procedure più snelle e rapide previste dalla *lex fori*. L'Italia, da questo punto di vista, almeno sul piano formale, ha le carte in regola, dal momento che il procedimento per il ritorno dei minori sottratti, avanti al Tribunale per i minorenni, si svolge con le forme destrutturate del rito camerale.

Il para. 2, come si è accennato, prevede che un'autorità giurisdizionale di primo grado, salvo impossibilità dovuta a circostanze eccezionali, debba decidere entro sei settimane da quando è stata adita. Il para. 3 completa il quadro prevedendo che in sei settimane ("salvo impossibilità dovuta a circostanze eccezionali") debbano essere esaurite anche le attività di un eventuale procedimento di impugnazione "dal momento in cui sono state espletate tutte le fasi procedurali richieste e l'autorità giurisdizionale è in grado di esaminare l'impugnazione, mediante udienza o in altro modo"[19].

Come si è visto, il regolamento non interviene direttamente sulla disciplina del procedimento di ritorno prevista in ogni

Stato, ma il considerando 42 contiene un'esortazione agli Stati membri a considerare l'opportunità di limitare a uno il numero di impugnazioni possibili avverso una decisione che dispone o nega il ritorno di un minore ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980[20]. Anche da questo punto di vista l'Italia ha adottato procedure "virtuose", dal momento che contro il provvedimento emesso dal Tribunale per i minorenni è previsto il solo ricorso per Cassazione.

Gli artt. 25, 26 e 27 stabiliscono disposizioni di diritto processuale uniforme, in materia, rispettivamente, di risoluzione alternativa delle controversie, di diritto del minore di esprimere la propria opinione nel procedimento di ritorno e di procedura sul ritorno del minore in generale.

In effetti, una certa percentuale di procedimenti per il ritorno di minori sottratti viene definito per via conciliativa. L'art. 25, dunque, incoraggia il ricorso a strumenti di A.D.R. in questo contesto stabilendo che "quanto prima possibile e in qualsiasi fase del procedimento", il giudice adito provveda, direttamente o, se del caso, con l'assistenza delle autorità centrali, a invitare le parti a valutare il ricorso alla mediazione o ad altri mezzi di risoluzione alternativa delle controversie, a meno che ciò non vada contro l'interesse superiore del minore, non sia appropriato nel caso specifico (ad esempio, in caso di violenza domestica) o non ritardi indebitamente il procedimento[21]. Considerato il limite temporale di sei settimane stabilito per l'esaurimento di ciascuna fase del procedimento, d'altro canto, un eventuale percorso di mediazione dovrà necessariamente essere svolto in parallelo all'esame del caso da parte della corte[22], per evitare abusi dello strumento[23].

L'art. 26, dal canto suo, precisa che anche nei procedimenti di ritorno ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980 si applica l'art. 21, in materia di ascolto del minore. La questio-

[19] Al riguardo, il considerando 42 chiarisce che il termine di sei settimane per un'autorità giurisdizionale di grado superiore dovrebbe decorrere dal momento in cui sono state espletate tutte le fasi procedurali richieste. Tali fasi potrebbero includere, a seconda dell'ordinamento giuridico interessato, la notificazione o la comunicazione al convenuto dell'atto di impugnazione nello Stato membro in cui è situata l'autorità giurisdizionale o in un altro Stato membro, la trasmissione del fascicolo e dell'atto di impugnazione all'autorità giurisdizionale dell'impugnazione negli Stati membri in cui l'impugnazione deve essere proposta davanti all'autorità giurisdizionale la cui decisione è impugnata, o un'istanza di parte ai fini della convocazione di un'audizione, se prescritta dal diritto nazionale.

[20] Anche in questo caso, non è stata accolta la proposta della Commissione di stabilire un solo mezzo di impugnazione in questo ambito: Honorati, *op. cit.*, p. 264.

[21] In arg. Baruffi, *A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases*, in *Jour. priv. int. law*, 2018, p. 415.

[22] V. anche le osservazioni di Honorati, *op. cit.*, p. 262.

[23] Un riferimento alla mediazione è contenuto anche nel considerando n. 43, nel quale si legge che, qualora, nel corso di un procedimento di ritorno ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980, i genitori raggiungano un accordo a favore o contro il ritorno del minore, e anche su questioni legate alla responsabilità genitoriale, il regolamento dovrebbe in talune circostanze permettere loro di convenire che l'autorità giurisdizionale adita ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980 sia competente a conferire effetti giuridici vincolanti al loro accordo, integrandolo in una decisione, approvandolo o utilizzando qualsiasi altro mezzo previsto dal diritto e dalle procedure nazionali. Gli Stati membri che hanno concentrato la competenza dovrebbero pertanto considerare la possibilità di consentire all'autorità giurisdizionale investita di un procedimento di ritorno ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980 di esercitare anche la competenza concordata o accettata dalle parti a norma del regolamento in materia di responsabilità genitoriale, laddove le parti abbiano raggiunto un accordo nel corso di tale procedimento di ritorno.

ne, in linea teorica, non poteva essere messa in dubbio ma l'esperienza pratica dimostra una certa tendenza delle corti a trascurare tale incombente. Al riguardo, il considerando n. 53 afferma che, fatti salvi gli altri strumenti dell'Unione, se non è possibile sentire una parte o un minore personalmente, e se sono disponibili i mezzi tecnici, l'autorità giurisdizionale può valutare la possibilità di tenere un'audizione in videoconferenza o con altre tecnologie di comunicazione, a meno che, tenuto conto delle circostanze particolari del caso, l'utilizzo di siffatte tecnologie non sia idoneo ai fini del corretto svolgimento del procedimento.

In materia di procedure di ritorno del minore, l'art. 27 contiene una pluralità di disposizioni di diritto processuale unificanti che integrano non solo la *lex fori* ma anche le disposizioni della convenzione del 1980.

I primi tre paragrafi riguardano, sotto angoli prospettici diversi, il ruolo della parte istante nel procedimento. La persona che chiede il ritorno del minore, in primo luogo, ha il diritto di essere sentita prima che la corte si pronunci: il para. 1 non afferma espressamente tale diritto, ma lo si può desumere dal fatto che, ai sensi di tale norma, senza l'ascolto dell'istante, l'autorità giurisdizionale non possa rifiutare di disporre il ritorno del minore. In qualsiasi fase del procedimento, poi, conformemente all'art. 15, il giudice può valutare la necessità di assicurare contatti tra il minore e la persona che richiede il ritorno del minore, tenuto conto dell'interesse superiore di quest'ultimo.

Il para. 3, inoltre, per implementare una norma invero poco utilizzata nella prassi^[24], impone sul giudice che consideri l'eventualità di rifiutare di disporre il ritorno di un minore unicamente in base all'art. 13, comma 1°, della convenzione dell'Aia del 1980, di non esprimere tale rifiuto se la parte che richiede il ritorno la convinca, fornendo prove sufficienti o se l'autorità giurisdizionale stessa è altrimenti convinta, che sono state previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno. Tali misure, per il considerando 45, potrebbero includere, ad esempio, un provvedimento giudiziario dello Stato membro in cui il minore dovrebbe far ritorno che vieti all'istante di avvicinarsi al minore, un provvedimento provvisorio, anche a natura cautelare, di quello Stato membro che consenta al minore di restare con il genitore sottrattore che ne ha l'affidamento effettivo fino a quando non sia adottata una decisione di merito relativa al diritto di affidamento in quello Stato membro do-

po il ritorno, o la dimostrazione della disponibilità di strutture mediche per un minore bisognoso di cure. Il tipo di misura adeguato nel caso specifico dovrebbe dipendere dal grave rischio concreto cui il minore sarebbe verosimilmente esposto in caso di suo ritorno in assenza di tali misure. A questo fine, il para. 4 prevede che l'autorità giurisdizionale adita possa dialogare con le autorità competenti dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato ritorno, direttamente a norma dell'articolo 86 o con l'assistenza delle autorità centrali.

Nel disporre il ritorno del minore, l'autorità giurisdizionale può, se del caso, adottare provvedimenti provvisori, inclusi provvedimenti cautelari, ai sensi dell'art. 15 del regolamento al fine di proteggere il minore dal grave rischio di cui all'articolo 13, comma°, lett. b), della convenzione del 1980, purché l'esame e l'adozione di tali provvedimenti non ritardino indebitamente il procedimento di ritorno. Tali provvedimenti, devono essere riconosciuti ed eseguiti in tutti gli altri Stati membri, compresi gli Stati membri aventi competenza ai sensi del regolamento, fino a quando un'autorità giurisdizionale di un tale Stato membro non abbia adottato i provvedimenti che ritiene appropriati^[25]. Il considerando n. 46, come esempio dei provvedimenti provvisori in questione, indica la previsione che il minore debba continuare a risiedere con l'effettivo affidatario o la determinazione del modo in cui dovrebbero essere intrattenuti i contatti con il minore dopo il suo ritorno fino a quando l'autorità giurisdizionale della residenza abituale del minore non abbia adottato i provvedimenti che ritiene appropriati. Ciò, comunque, non pregiudica eventuali decisioni o provvedimenti dell'autorità giurisdizionale della residenza abituale adottati dopo il ritorno del minore.

Come si è visto, nel regolamento n. 2201, l'art. 11 disciplina il coordinamento tra giudice dello Stato di rifugio e giudice dello Stato d'origine, attribuendo al secondo l'ultima parola in materia di ritorno del minore. Nel regolamento n. 1111, il meccanismo di coordinamento tra corti nazionali è disciplinato dall'art. 29, con alcune significative innovazioni.

Al riguardo, il considerando 48 fornisce importanti indicazioni, evidenziando che, qualora l'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente decida di negare il ritorno del minore ai sensi della convenzione del 1980, nella sua decisione deb-

[24] V. anche Honorati, *op. cit.*, p. 265.

[25] V. anche Baruffi, *op. cit.*, p. 412.

ba fare esplicito riferimento ai pertinenti articoli della convenzione su cui si fonda il diniego[26]. Una simile decisione di diniego, sia essa passata in giudicato o ancora soggetta ad impugnazione, può tuttavia essere sostituita da una decisione successiva emessa in un procedimento di affidamento dall'autorità giurisdizionale dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato ritorno. Nel corso di tale procedimento dovrebbero essere esaminate approfonditamente tutte le circostanze, fra cui, ma non solo, il comportamento dei genitori, tenendo conto dell'interesse superiore del minore. Se la conseguente decisione di merito sul diritto di affidamento dovesse comportare il ritorno del minore, quest'ultimo dovrebbe avvenire senza che sia necessario ricorrere a procedimenti particolari per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione in altri Stati membri.

In attuazione di tali indicazioni, l'art. 29, al para. 1, precisa che la norma si applica qualora una decisione che nega il ritorno del minore in un altro Stato membro si basi unicamente sull'art. 13, comma 1°, lett. b), o sull'art. 13, comma 2°, della convenzione del 1980.

Il riferimento è a due delle ipotesi previste da tale convenzione nelle quali l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore. In particolare, la lett. b) dell'art. 13 esclude il ritorno se sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, ai pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile. Il para. 2 della norma in esame aggiunge poi l'ipotesi che il minore si opponga al ritorno, qualora abbia raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere. Esulano, dunque, dal meccanismo di coordinamento qui analizzato le ulteriori ipotesi di non ritorno previste dalla convenzione[27]. Si deve, quindi, evidenziare che la nuova norma ha un ambito applicativo più ristretto rispetto a quella dell'art. 11 del regolamento Bruxelles II bis, il cui para. 6 faceva in generale riferimento ad un rifiuto del ritorno del

minore ai sensi dell'art. 13 della convenzione. Viene meno, dunque, l'applicazione del coordinamento tra corti qualora il ritorno sia negato avendo il giudice dello stato "di rifugio" valutato, ai sensi dell'art. 13, lett. a) della convenzione che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitasse effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o avesse consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno.

Nei casi considerati dall'art. 29, l'autorità giurisdizionale che rende una decisione di non ritorno rilascia d'ufficio un certificato utilizzando il modello di cui all'allegato I.

Ai sensi del para. 3 dell'art. 29, inoltre, se, nel momento in cui il giudice rende una decisione di non ritorno del minore ai sensi del para. 1, un'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento illecito o mancato ritorno è già stata investita di un procedimento di merito relativo al diritto di affidamento, il giudice dello Stato "di rifugio", se è al corrente di tale procedimento, provvede, entro un mese dalla data della propria decisione, a trasmettere all'autorità giurisdizionale di quello Stato membro, direttamente o tramite le autorità centrali, una copia della sua decisione di non rientro, il certificato rilasciato a seguito di tale pronuncia, e, se del caso, una trascrizione, una sintesi o un verbale delle udienze dinanzi all'autorità giurisdizionale e qualsiasi altro documento reputi pertinente.

Tali documenti non devono essere necessariamente tradotti; in effetti, ai sensi del para. 4, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento illecito o mancato ritorno può, se necessario, chiedere a una parte di fornire tale traduzione o traslitterazione[28].

Qualora, invece, un procedimento nello Stato d'origine non sia già pendente al momento della decisione di non rientro, il para. 5 prevede che una delle parti possa adire, entro tre mesi dalla notificazione della decisione di cui al para. 1, un'autori-

[26] Si contrasta in questo modo la prassi di alcuni Stati membri di trasmettere alle autorità centrali straniere solo il dispositivo della propria decisione di diniego di ritorno: v. Honorati, *op. cit.*, p. 267.

[27] In particolare, ai sensi dell'art. 13, lett. a) della convenzione del 1980, il ritorno del minore non è disposto se la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno. Ai sensi dell'art. 20, inoltre, "Il ritorno del minore, in conformità con le disposizioni dell'articolo 12, può essere rifiutato, nel caso che non fosse consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Ai sensi dell'art. 12, inoltre, l'autorità giudiziaria o amministrativa adita per il ritorno del minore dopo la scadenza del periodo di un anno dalla sottrazione, può negare tale ritorno ove sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente. Molte domande di rientro, infine, sono respinte perché il giudice adito ritiene che il minore non fosse residente abitualmente nello Stato da cui si afferma sia stato "sottratto".

[28] Non è stata dunque accolta la proposta della Commissione di onerare la corte che effettua la trasmissione dei documenti di effettuarne la traduzione; v. Honorati, *op. cit.*, p. 269.

tà giurisdizionale dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento illecito o mancato ritorno appunto per fare accertare nel merito il diritto di affidamento. In tal caso, sarà la parte stessa (e non la corte straniera) a presentare all'autorità giurisdizionale i documenti sopra menzionati.

In entrambe le ipotesi, il giudice dello Stato d'origine, nel procedimento già pendente o quello all'uopo instaurato, non deve più, come in precedenza, limitarsi a "riesaminare" la decisione straniera di "non ritorno". Il procedimento, infatti, deve avere ad oggetto, più in generale, la responsabilità genitoriale sul minore sottratto con la precisazione che, nel decidere su tale responsabilità, il giudice della residenza abituale del minore ne possa disporre il rientro senza essere vincolato dalla decisione dell'altro giudice, con un provvedimento destinato a prevalere sul primo. Ai sensi del [para. 6 dell'art. 29](#), infatti, nonostante la decisione contro il ritorno di cui al [para. 1](#), le decisioni di merito relative al diritto di affidamento risultanti dai procedimenti di cui ai [para. 3 e 5](#) che comportano il ritorno del minore sono esecutive in un altro Stato membro a norma del [capo IV del regolamento n. 1111](#).

In altre parole, nel nuovo [art. 29](#), viene meno il meccanismo di "revisione" previsto dall'[art. 11](#) del regolamento n. 2201 e che in effetti contraddice, in qualche modo, il principio della fiducia reciproca posto a base dello spazio europeo di giustizia. Non viene meno la «*overrule procedure*» dell'[art. 11](#) del regolamento n. 2201, ma la si inserisce in un contesto più globale, in cui il giudice dello Stato d'origine è chiamato a pronunciarsi in via principale sull'affidamento del minore, potendo, in tale ambito, disporre che il minore debba ritornare nello Stato della propria residenza abituale, senza incontrare, in questo, ostacoli da parte di contrastanti provvedimenti emessi nello Stato di «rifugio».

3. L'esecuzione della decisione sul ritorno del minore sottratto

Il [regolamento n. 1111](#) interviene anche in materia di esecuzione dei provvedimenti in materia di ritorno del minore, cercando di risolvere le problematiche insorte nell'applicazione del [regolamento n. 2201](#). L'esperienza pratica, in effetti, dimostra che, sovente, i provvedimenti sul ritorno del minore rimangono ineseguiti e comunque la relativa esecuzione richiede tempi molto prolungati[29]. In particolare, in al-

cuni casi, la lunghezza del procedimento per il ritorno diviene un elemento di per sé ostativo al ritorno stesso, poiché il prolungarsi della permanenza del minore nello Stato di rifugio consolida il legame con tale Stato e allenta il collegamento con lo Stato di origine sì che, a quel punto, lo stesso ritorno si prospetti come dannoso per il minore.

Sul piano terminologico, il nuovo [art. 2](#), nel dare la definizione della nozione di "decisione", precisa che, ai fini del [capo IV](#) (su "Riconoscimento ed esecuzione") del regolamento, tale termine comprende:

a) una decisione resa in uno Stato membro che dispone il ritorno di un minore in un altro Stato membro ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980 e che deve essere eseguita in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata resa; al riguardo, il considerando 16 osserva che, anche se i procedimenti in materia di ritorno ai sensi della convenzione del 1980 non sono procedimenti di merito in materia di responsabilità genitoriale, le decisioni che dispongono il ritorno di un minore ai sensi di tale convenzione devono essere oggetto di riconoscimento ed esecuzione a norma del [capo IV](#) del regolamento laddove debbano essere eseguite in un altro Stato membro a motivo di un'ulteriore sottrazione avvenuta dopo che era stato disposto il ritorno. Ciò lascia impregiudicata la possibilità di avviare, relativamente all'ulteriore sottrazione, un nuovo procedimento di ritorno del minore ai sensi della convenzione dell'Aia[30];

b) provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, disposti da un'autorità giurisdizionale che, in virtù del regolamento, è competente a conoscere del merito o provvedimenti disposti conformemente all'[art. 27, para. 5](#), in combinato disposto con l'[art. 15](#): il riferimento è ai provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, disposti dal giudice dello Stato "di rifugio" del minore al fine di proteggere il minore dal grave rischio di cui all'[art. 13, comma 1°, lett. b\)](#) della convenzione del 1980. Tali provvedimenti, infatti, pur essendo stati emessi da un giudice non competente per il merito della responsabilità genitoriale, sono comunque idonei a circolare all'estero, sinché non siano sostituiti da analoghi provvedimenti emessi dal giudice competente per il merito.

A livello operativo, per cercare di superare le difficoltà insorte in questo contesto, in primo luogo, l'[art. 27, para. 6](#), introduce una norma di diritto processuale uniforme che consente al giu-

[29] V. Baruffi, *op. cit.*, p. 409.

[30] Inoltre, per il considerando in esame nel testo, il regolamento dovrebbe continuare ad applicarsi ad altri aspetti in situazioni di trasferimento illecito o mancato ritorno di un minore, ad esempio le disposizioni in materia di competenza applicabili all'autorità giurisdizionale dello Stato membro di residenza abituale e le disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione applicabili ai provvedimenti disposti da tale autorità giurisdizionale

dice nazionale di dichiarare provvisoriamente esecutiva la decisione che dispone il ritorno del minore, nonostante eventuali impugnazioni, qualora il ritorno del minore prima della decisione sull'impugnazione sia richiesto dall'interesse superiore del minore stesso. La norma assume rilievo per quegli ordinamenti in cui la proposizione dell'impugnazione abbia un'automatica efficacia sospensiva dell'esecutività di un provvedimento di ritorno, ma non è questo il caso dell'Italia.

Sul piano, poi, dell'esecuzione delle decisioni in questo ambito, l'art. 28, al para. 1, dispone che l'autorità competente proceda al rapido trattamento della domanda di esecuzione della decisione che dispone il ritorno del minore in un altro Stato membro. Per cercare di implementare in modo efficace quella che altrimenti rischia di essere una mera esortazione alle corti nazionali "a fare in fretta", il para. 2 prevede che, qualora la decisione che dispone il rientro non sia stata eseguita entro sei settimane dalla data di avvio del procedimento di esecuzione, la parte che richiede l'esecuzione o l'autorità centrale dello Stato membro dell'esecuzione hanno il diritto di chiedere all'autorità competente in materia di esecuzione di indicare i motivi del ritardo. Nulla ovviamente garantisce che l'autorità competente risponda (in tempi rapidi) a tale richiesta o che fornisca motivi convincenti. Si tratta comunque di un efficace strumento di coazione indiretta, che può avere rilevanza sul piano politico-diplomatico.

L'intervento più incisivo, nel nuovo regolamento, riguarda però il regime di esecuzione transfrontaliera delle decisioni sul rientro del minore.

In primo luogo, viene in rilievo in questo ambito, il disposto dell'art. 53, alla cui stregua, qualora la decisione ha statuito su vari capi della domanda e l'esecuzione è stata negata per uno o alcuni di essi, l'esecuzione resta comunque possibile per le parti della decisione non interessate dal diniego (come già prevedeva l'art. 36 del regolamento n. 2201). Per doverosa coerenza con le nuove norme introdotte dal regolamento n. 1111 in materia di sottrazione di minori, d'altro canto, il para. 3 dell'art. 53 precisa che quanto precede non implica che si possa dare esecuzione (parziale) a una decisione che dispone il ritorno di un minore senza che sia data esecuzione anche a eventuali provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, disposti al fine di proteggere il minore dal rischio di cui all'art. 13, comma 1°, lett. b), della convenzione del 1980.

Come si è ricordato supra, nel regolamento n. 2201, per le decisioni di un minore sottratto vige un meccanismo di esecuzione automatica senza bisogno di *exequatur*.

Il regolamento n. 1111, pur estendendo a tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale tale meccanismo, continua a prevedere un trattamento diversificato per le decisioni

nell'ambito qui in esame. Gli artt. 42 ss., infatti, contengono «disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione di determinate decisioni privilegiate», per tali dovendosi intendere, appunto, le decisioni che accordano un diritto di visita e le decisioni ai sensi dell'art. 29, para. 6, nella misura in cui esse comportino il ritorno del minore.

Il "privilegio" accordato a tali decisioni è di essere automaticamente riconosciute ed eseguite negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura e senza che sia possibile opporsi al loro riconoscimento, salvo se e nella misura in cui la decisione sia dichiarata incompatibile con una decisione successiva di cui all'art. 50 (v. in particolare art. 45). L'art. 45, para. 2, specifica che le autorità giurisdizionali dello Stato membro di origine possono dichiarare tali decisioni provvisoriamente esecutive, nonostante eventuali impugnazioni.

All'esecuzione diretta si può procedere semplicemente producendo una copia autentica della decisione e il certificato rilasciato dal giudice d'origine ai sensi dell'art. 47, utilizzando il modello di cui all'allegato VI.

Il rilascio del certificato è subordinato alla verifica di alcune condizioni, elencate dal para. 3 dell'art. 47 e che ricalcano, in sostanza, quelle in precedenza previste dall'art. 41 del regolamento n. 2201. Una differenza si nota solo rispetto alla verifica dell'ascolto del minore nel procedimento che ha portato alla decisione da certificare: dove l'art. 41, lett. c) del regolamento n. 2201 richiedeva che il minore avesse avuto la possibilità di essere ascoltato, «salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità», il nuovo art. 47, para. 3, lett. b) richiede che il minore abbia «avuto la possibilità di esprimere la propria opinione ai sensi dell'articolo 21». Almeno sul piano dell'enunciazione formale, si prospetta qui un requisito più stringente.

Il para. 4 aggiunge, peraltro, che il certificato per una decisione che comporta il ritorno di un minore è rilasciato solo se il giudice ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e dei fatti alla base della precedente decisione resa in un altro Stato membro conformemente all'art. 13, comma 1°, lett. b), o all'art. 13, comma 2°, della convenzione dell'Aia del 1980. In altre parole, nel procedimento sull'affidamento che si svolge nello Stato "d'origine", ai sensi dei para. 3 e 5 dell'art. 29 (v. *supra*), il giudice è chiamato, se non a "rivedere" la decisione straniera di non ritorno, almeno a prendere in considerazione (anche solo per confutarle) le ragioni e le circostanze su cui tale decisione si basa. La valutazione su tale "analisi" è comunque rimessa allo stesso giudice che pronuncia la decisione e non è sindacabile dalle corti di altri Stati.

Il rilascio del certificato, d'altro canto, non è soggetto ad alcuna impugnazione fatta eccezione per quelle indicate all'art. 48 (rettifica e revoca del certificato).

Sin qui sembrerebbe che il regime di esecuzione di queste decisioni "privilegiate" sia sostanzialmente analogo a quello già in precedenza previsto dal regolamento n. 2201. Il regolamento n. 1111, però, introduce un elemento di flessibilità all'esecuzione di tali decisioni, prevedendo, all'art. 44, la possibilità di sospendere l'esecuzione, in tutto o in parte, se è stata presentata un'istanza di dichiarazione vertente sull'incompatibilità di tale decisione con una decisione successiva di cui all'art. 50 o se la persona nei cui confronti è chiesta l'esecuzione ha richiesto, conformemente all'art. 48, la revoca di un certificato rilasciato a norma dell'art. 47. Tale ultimo riferimento è al procedimento di cui all'art. 48, per la revoca del certificato, che può essere azionato dall'autorità giurisdizionale d'origine di propria iniziativa o su richiesta di parte, qualora il certificato risulti concesso per errore, tenuto conto dei requisiti stabiliti all'art. 47[31].

Quanto al riferimento all'art. 50, tale nuova disposizione consente di rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione "privilegiata" se e nella misura in cui la decisione sia incompatibile con una decisione successiva in materia di responsabilità genitoriale relativa allo stesso minore e resa nello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato o in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risieda abitualmente, purché la decisione successiva soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato. Viene in altre parole enunciato il principio per cui, in materia di responsabilità genitoriale, una decisione successiva sostituisce sempre una decisione anteriore con effetti per il futuro nella misura in cui esse siano incompatibili (considerando 56).

Il regolamento n. 1111 introduce un'ulteriore novità, in questo contesto, nell'art. 49, rubricato: "Certificato comprovante la non esecutività o la limitazione dell'esecutività". In sostanza, qualora una decisione "privilegiata" certificata in conformità dell'art. 47 abbia cessato di essere esecutiva o la sua esecutività sia stata sospesa o limitata, viene rilasciato, utilizzando il modello *standard* di cui all'allegato VII, un certificato comprovante la non esecutività o la limitazione dell'esecutività, su richiesta in qualsiasi momento all'autorità giurisdizionale competente dello Stato membro di origine. Tale documento potrà essere depositato nel procedimento in

cui sia stata sospesa l'esecuzione della decisione privilegiata, ai sensi dell'art. 44.

4. (Segue): un elemento di flessibilità

Le novità in materia di esecuzione delle decisioni sul rientro del minore sottratto non sono peraltro finite.

Tra le norme comuni sull'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale (e che dunque riguardano anche l'esecuzione delle "decisioni privilegiate" esaminate nel paragrafo precedente), infatti, l'art. 56, alla rubrica "Sospensione e diniego", da un lato, riprende le previsioni dell'art. 35 di Bruxelles II *bis*, dall'altro introduce un inedito elemento di discrezionalità nell'esecuzione delle decisioni straniere nel nostro contesto.

Il para. 1 prevede, infatti, che, su istanza della persona nei cui confronti è chiesta l'esecuzione o, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, del minore in questione, il procedimento di esecuzione sia sospeso se l'esecutività della decisione sia sospesa nello Stato membro di origine.

Inoltre, ai sensi del para. 2, sempre su istanza della parte nei cui confronti è chiesta l'esecuzione o, se applicabile, del minore in questione, l'autorità competente per l'esecuzione o l'autorità giurisdizionale dello Stato membro dell'esecuzione può sospendere, in tutto o in parte, il procedimento di esecuzione se la decisione è stata impugnata nello Stato membro d'origine con un'impugnazione ordinaria oppure se il termine per tale impugnazione ordinaria non è ancora scaduto (con la possibilità, in tal caso, che l'autorità competente per l'esecuzione o l'autorità giurisdizionale fissi un termine entro il quale deve essere proposta un'eventuale impugnazione); se è stata proposta una domanda di diniego dell'esecuzione a norma degli artt. 41, 50 o 57; ovvero, infine, se la parte nei cui confronti è chiesta l'esecuzione ha chiesto, conformemente all'art. 48, la revoca di un certificato rilasciato a norma dell'art. 47.

Fin qui, nulla di particolarmente innovativo rispetto a quanto già previsto dal regolamento n. 2201.

La vera novità "arriva", infatti, con il para. 4 dell'art. 56, ai sensi del quale, in casi eccezionali, su istanza della persona nei cui confronti è chiesta l'esecuzione o, se applicabile, del minore in questione o di un'altra parte interessata che agisce nell'interesse superiore del minore stesso, l'autorità competente in materia di esecuzione o l'autorità giurisdizionale può sospendere il procedimento di esecuzione se l'esecuzione

[31] L'art. 48 prevede, poi, anche in questo contesto, la possibilità per l'autorità competente dello Stato membro di origine di rettificare il certificato se, per un errore materiale o un'omissione, sussiste una discrepanza tra la decisione e il certificato stesso. In entrambi i casi, la procedura, comprese eventuali impugnazioni, è disciplinata dal diritto dello Stato membro d'origine.

ne esporrebbe il minore a un grave rischio di pericoli fisici o psichici a causa di impedimenti temporanei emersi successivamente alla pronuncia della decisione, o in virtù di altri mutamenti significativi delle circostanze.

In altre parole, fermo il divieto di riesame nel merito (v. art. 71), si prevede che, al verificarsi di nuove circostanze rispetto a quelle prese in considerazione nel provvedimento straniero, nello Stato di esecuzione si possa riscontrare il rischio che il minore sia esposto a “pericoli fisici o psichici” a causa di impedimenti temporanei. In questo caso, si prevede la sospensione dell’esecuzione sino alla cessazione di tale “grave rischio”. Qualora poi il grave rischio in questione abbia carattere permanente, l’autorità competente in materia di esecuzione o l’autorità giurisdizionale può, su richiesta, rifiutare l’esecuzione della decisione.

Si tratta di una misura riservata, sulla carta, a casi eccezionali e la cui applicazione viene circondata di cautele. Il para. 5 dell’art. 56, in particolare, impone, all’autorità competente in materia di esecuzione o all’autorità giurisdizionale, prima di rifiutare l’esecuzione, di adottare tutte le misure adeguate a facilitare l’esecuzione conformemente al diritto e alle procedure nazionali nonché all’interesse superiore del minore, anche, se del caso, con l’assistenza di altri professionisti competenti, quali assistenti sociali o psicologi infantili, per cercare di garantire l’attuazione della decisione. In particolare, l’autorità competente in materia di esecuzione o l’autorità giurisdizionale dovrebbe, conformemente al diritto e alle procedure nazionali, cercare di superare gli eventuali impedimenti creati da un mutamento delle circostanze, come ad esempio un’esplicita obiezione del minore espressa solo successivamente alla pronuncia della decisione con una forza tale che, se ignorata, si configurerebbe un grave rischio di pericoli fisici o psichici per il minore (considerando 69).

È peraltro facile prevedere che, nell’applicazione pratica, questa nuova disposizione porti ad un aumento dei dinieghi all’esecuzione nello Stato di “rifugio” delle decisioni di rientro di minori sottratti. In altre parole, nel nuovo assetto normativo, il giro di vite all’automatico rientro del minore sembra essere stato allentato.

5. Conclusioni

In materia di *international child abduction*, il regolamento n. 1111, nel cercare di agevolare l’esecuzione delle decisioni in materia di ritorno del minore, in realtà sembra attenuare il principio del ritorno automatico^[32], riequilibrando i rapporti di forza tra Stato d’origine e Stato di rifugio, con una prospettiva probabilmente più coerente con il principio della fiducia reciproca rispetto al sistema creato dal regolamento n. 2201^[33]. La nuova normativa comune è il frutto di un compromesso e si regge su un sistema di pesi e contrappesi per disciplinare le attività delle corti “concorrenti”.

Se, da un lato, le nuove norme in materia di sottrazione di minori che consentono al giudice dello Stato di rifugio di disporre i provvedimenti cautelari più opportuni per garantire il ritorno sicuro del minore dovrebbero ridurre i casi in cui si giustifica il diniego di ordinare il ritorno stesso^[34], dall’altro il rivisto meccanismo dell’art. 29, in caso di diniego del ritorno, nel prevedere lo svolgimento, nello Stato d’origine, di un procedimento sulla responsabilità genitoriale e non un mero riesame della decisione straniera di diniego, allunga i tempi del provvedimento di merito destinato a prevalere, sulla carta, sul rifiuto del ritorno, ciò che di per sé potrebbe ostacolare l’“automatica” esecuzione^[35]. Nella prassi, realisticamente, in tali procedimenti di merito si diffonderà il ricorso a provvedimenti provvisori per ordinare l’immediato rientro del minore nello Stato d’origine, magari sulla base di istruzioni sommarie o poco approfondite. Insomma, il rischio che il livello di competizione tra ordinamenti aumenti invece che diminuire appare concreto.

Di questo rischio, il legislatore eurounitario appare ben consapevole. La scommessa appare dunque tutta puntata sull’efficiente sviluppo della cooperazione tra autorità centrali e autorità nazionali competenti per i vari procedimenti, cui il regolamento dedica una nuova analitica disciplina.

È evidente infatti che la fiducia affermata nelle alte enunciazioni delle istituzioni europee debba essere quotidianamente coltivata nell’esperienza applicativa, nel dialogo e nella conoscenza reciproca tra operatori, per aiutare a superare le diffeendenze e i pregiudizi.

[32] V. anche Carpaneto, *La responsabilità genitoriale e la sottrazione internazionale di minori nel regolamento 2201/2003*, in *La “famiglia in movimento” nello spazio europeo di libertà è giustizia*, Torino, 2019, p. 255-6.

[33] Significativamente, Kruger, Samyn, *Brussels II bis: successes and suggested improvements*, in *Jour. priv. int. law*, 2016, p. 158, con riferimento al meccanismo previsto dall’art. 11 del regolamento n. 2201, scrivono: “This procedure flies in the face of mutual trust”.

[34] Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell’esecuzione delle decisioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 267.

[35] V. pure Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell’esecuzione delle decisioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 276.

LE RIFORME NELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE

Le grandi riforme in corso nell'ordinamento giudiziario francese

di Caterina Silvestri

DEL 29 MAGGIO 2020

Sommario

1. La revisione dell'organizzazione giurisdizionale e dei riti. L'istituzione del tribunal judiciaire e dei poli specializzati

1. La revisione dell'organizzazione giurisdizionale e dei riti. L'istituzione del tribunal judiciaire e dei poli specializzati

L'ordinamento francese ha avviato un robusto e organico programma di riforma della giustizia con la *loi n. 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*^[1], diretta a un ripensamento complessivo dell'organizzazione giudiziaria nell'ottica di un miglioramento dei tempi e della qualità della giustizia.

Il progetto è mosso dalla consapevolezza che le pur numerose novità introdotte negli ultimi anni non hanno portato ai miglioramenti sperati, benché anch'esse, si ricorda, fossero state organizzate secondo un metodo divenuto usuale in Francia, basato sull'individuazione organica e programmatica degli ambiti d'intervento mediante *rapport* spesso affida-

ti ad autorevoli giuristi, e portate a esecuzione secondo una precisa pianificazione politico-legislativa^[2].

L'esigenza sentita è stata, dunque, quella di adottare uno strumento di ancor più ampio respiro e di più vasto orizzonte temporale, mossa dalla presa d'atto che l'ultima legge d'orientamento e di programmazione per la giustizia era risalente alla *loi n. 2002-1138* del 9 settembre 2002.

La svolta, profonda e ambiziosa, di rivisitazione a più livelli del sistema, dalle istituzioni alle procedure, alla costruzione di carceri e al potenziamento dell'antiterrorismo, affiancata da un piano di finanziamenti e di assunzioni^[3], è arrivata dopo alcuni di anni di gestazione, confluiti nel progetto di legge di programmazione per gli anni 2018-2022 e nello studio di impatto del 19 aprile 2018^[4].

[1] Il testo integrale può leggersi all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038261631&categorieLien=id>

[2] I rapporti hanno interessato la giustizia civile sotto diversi versanti; il giudizio di primo e di secondo grado sono stati interessati, rispettivamente, dal *rapport, L'ambition raisonnées d'une justice apaisée*, della *Commission sur la répartition des contentieux* presieduta da S. Guinchard, 2008, può essere letto al seguente indirizzo <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/commission-sur-la-repartition-des-contentieux-15546.html>; il Rapporto Magendie, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel. La gestion du temps dans le procès*, anch'esso del 2008, può leggersi all'indirizzo http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_magendie_20080625.pdf. Per osservazioni su questi due rapporti, Picod-Villacèque, *Les Rapports Guinchard et Magendie: vers quelle réforme de la procédure civile?*, in *Rev. huissiers*, 2010, n. 6. Il successivo *Rapport Delmas-Goyon, Le juge du 21^e siècle-Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013, ha avuto a oggetto una riflessione sul perimetro dell'intervento giudiziale e l'organizzazione del suo lavoro, può leggersi all'indirizzo http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf. Su quest'ultimo S. Amrani-Mekki, L. Raschel, [dir.], in *Gaz. Pal.* 9-11 mars 2014. Nel 2017 sono stati lanciati ben cinque ulteriori cantieri aventi il fine di «transformer en profondeur la justice et de répondre efficacement aux attentes des justiciables» (così si legge al sito ufficiale *vie publique*, all'indirizzo <https://www.vie-publique.fr/rapport/37123-chantiers-de-la-justice>), sui quali si basa la legge di programmazione in commento. In commento Guinchard, *Prolégomènes pour réformer la procédure civile*, *Dalloz*, 2017, p. 2488.

[3] Il piano prevede un sensibile aumento dei finanziamenti, di cui 7 miliardi di euro già stanziati nella legge di bilancio del 2018, che passeranno a 8,3 miliardi nel 2022 e un aumento del personale di circa 6.500 unità. Si tratta di mezzi «mis au service d'une justice profondément transformée», come si legge nella *expose des motifs* all'indirizzo https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=3705CD026E303BB409FB64D2E6E7918D.tplgfr21s_3?idDocument=JORFDOLE000036830320&type=expose&typeLoi=&legislature=15

[4] Il dossier legislativo può essere letto al seguente indirizzo, ivi compreso l'*Étude d'impact*: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000036830320&type=general&legislature=15>

Le grandi aree di intervento si articolano su alcuni versanti principali, costituiti dalla semplificazione della procedura civile, dall'alleggerimento del carico delle giurisdizioni amministrative e dal loro rafforzamento, dalla semplificazione e dal potenziamento dell'efficacia della giustizia penale, anche minorile, dalla revisione dell'efficienza e dello scopo delle pene, dalla riorganizzazione del sistema giudiziario sotto vari profili.

Entro ciascuno di questi ambiti sono previsti numerosi interventi in grado di ridisegnare, in senso proprio, il volto della giustizia francese.

Mi soffermerò poco oltre con maggior dettaglio sulle novità che coinvolgono la procedura civile ma, pur potendo qui soltanto accennare alle linee generali della riforma, un tributo d'attenzione è dovuto al ripensamento organizzativo della giurisdizione, in corso da tempo e ora giunto a maturazione. La misura simbolo di questa riforma è, infatti, costituita dalla istituzione di un nuovo organo, il *tribunal judiciaire* (in funzione dal 1° gennaio 2020), nato dall'accorpamento degli uffici di primo grado, segnatamente il *tribunal d'instance* e il *tribunal de grande instance*.

Il *tribunal judiciaire* è oggi, come lo era il *tribunal de grande instance*, la giurisdizione di diritto comune, dunque competente per tutte le materie, ferme restando quelle deferite alle giurisdizioni di eccezione^[5], benché la programmazione preveda la possibilità di raggruppare presso il nuovo organo anche la materia del lavoro, oggi alla cognizione del *tribunal de prud'homme*^[6], e le competenze del *tribunal commercial*.

Esso ha assorbito le attribuzioni dell'*ex tribunal d'instance*, attualmente devolute a camere specializzate che, pur essendo parti integranti del *tribunal judiciaire*, possono essere costituite in sedi distaccate, come prevede espressamente l'art. L212-8, *c.o.j.*, e sono denominate *tribunaux de proximité*.

Si tratta di una revisione che s'inquadra in una più ampia operazione organizzativa, diretta alla creazione di «poli», suscettibili di diverso riferimento territoriale da determinare per mezzo di successivi decreti, per esempio cittadino o dipartimentale, comprensivi di camere ad alta specializzazione.

I vecchi *tribunal d'instance* costituiscono esempio di questa nuova visione organizzativa di assorbimento e riconversione: a Parigi, il *tribunal de grande instance* è stato accorpato ai *tribunal d'instance* e le attribuzioni di questi ultimi sono state raggruppate in un unico polo, chiamato *Pôle civil de proximité du tribunal judiciaire*.

L'art. L211-9-3 ss., *c.o.j.*, di nuovo conio, prevede che quando in uno stesso dipartimento ricorrano più *tribunal judiciaires* essi possano essere, per decreto, investiti di speciali competenze nell'ambito del dipartimento. Potrà trattarsi di particolari violazioni penali, come riporta lo stesso art. L211-9-3, oppure di specifiche materie, indicate nelle norme che a quello seguono, quali la proprietà letteraria e artistica, il diritto industriale (art. L211-10, *c.o.j.*), i marchi Ue, i disegni o modelli comunitari (artt. L211-11, L211-11-1, *c.o.j.*), la sottrazione internazionale dei minori anche comunitaria (art. L211-12, *c.o.j.*)^[7].

Si tratta, a parere di chi scrive, di un aspetto qualificante la riorganizzazione, non limitata all'accorpamento dei vecchi uffici ma diretta a elevare la funzionalità degli stessi grazie alla specializzazione, guardando anche a specifiche materie Ue che costituiscono settori strategici del commercio e degli affari entro l'Unione, probabile segno di aspirazione a candidarsi quale sede per la trattazione del relativo contenzioso.

La rivisitazione dell'organizzazione prevede anche l'istituzione del nuovo giudice dei *Contentieux de la protection* (art. 1 213-4-1 ss., *c.o.j.*) destinato a conoscere di una serie di materie eterogenee, mi pare di poter dire accomunate da una scarsa complessità, quali le tutele dei maggiori incapaci (devoluta oggi al giudice tutelare, che scompare), alcune azioni connesse alle locazioni anche commerciali e all'occupazione abusiva di immobili, le azioni concernenti il credito al consumo, le iscrizioni e le cancellazioni alla centrale rischi, il sovraindebitamento, le liti sino al valore di 10.000,00 e, quale giudice di primo e ultimo grado, quelle sino a € 5.000,00. Si tratta di un giudice normalmente unico, con la possibilità di *passerelle* alla formazione collegiale del *tribunal judiciaire* quale giudice dei *contentieux de la protection* (art. L213-4-8, *c.o.j.*).

Nel prossimo futuro, al più tardi entro il gennaio 2021, co-

[5] La natura di giurisdizione di diritto comune è sancita dall'art. L211-3, *Code de l'organisation judiciaire*, il quale dispone: «*Le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction*». La modifica rispetto alla versione precedente riguarda il nome dell'organo e la soppressione del riferimento al valore della lite, quale conseguenza della unicità del giudice di primo grado. Le altre competenze sono indicate nelle norme successive e corrispondono a quelle

[6] Sulla formazione storica di questi tribunali appartenenti alla tradizione francese, Silvestri, *Il foro lavoristico nell'Unione Europea*, Napoli, 2016, p. 31 ss.

[7] Più ampiamente l'*Étude d'impact*, cit., p. 453 ss.

me si legge nel sito dedicato *ServicePublic de La Justice*[8], è previsto l'avvio di una giurisdizione (inserita in nuove norme che diverranno gli artt. L211-17 e L211-18, *c.o.j.*), dedicata alle *injonction de payer*[9], interna e internazionale, con totale dematerializzazione della fase monitoria del procedimento. Quest'ultima, in una prima versione del progetto di riforma, era proponibile, in ragione della sua completa informatizzazione, dinanzi a un'autorità unica a livello nazionale, dunque, senza alcun criterio di competenza a presiedere alla distribuzione territoriale delle relative istanze; per l'opposizione era, invece, mantenuto il trattamento dinanzi alla giurisdizione territorialmente competente secondo le regole di diritto comune, alla quale avrebbe dovuto essere trasmesso il fascicolo. Nel corso dell'elaborazione della legge v'è stata una virata in favore dell'applicabilità degli ordinari criteri di competenza anche per la fase monitoria, ferma restando la dematerializzazione del procedimento e il trattamento centralizzato in una speciale unità organizzativa presso il tribunale competente, che è ancora allo studio di affidare al cancelliere[10].

L'operatività di questo istituto, che in passato ha sofferto per la presenza del più rapido e deformalizzato *référé-provision*[11], è stata significativamente potenziata e deformalizzata in una direzione chiaramente improntata all'ingiunzione Ue. Ne è prova la modalità di realizzazione della dematerializzazione, attuata mediante la compilazione *en ligne* della richiesta di ingiunzione direttamente sul sito del giudice competente su cui è predisposto un formulario da riempire in

maniera guidata[12]; anche il pagamento delle spese è eseguibile in via telematica.

L'*injonction de payer* è strutturata secondo un'originale rivisitazione del modello di procedimento monitorio puro, nel quale l'influenza dei meccanismi propri del processo documentale si è manifestata in modo assai più tenue rispetto alle scelte attuate nel nostro ordinamento[13]. Questa caratteristica, coeva alla sua istituzione e non frutto delle novità in discorso, le conferisce una natura non eccessivamente formale e di facile gestione che ha consentito di mantenere l'istituto escluso dalla generale estensione dell'obbligatorietà della difesa tecnica attuata dalla legge di programmazione.

Nel quadro della modernizzazione del sistema attraverso l'uso di strumenti informatici è anche organizzato il *service d'accueil unique du Justiciable* (SAUJ) il quale costituisce una sorta di cancelleria telematica istituita per ogni *tribunal judiciaire*, comprensiva anche del contenzioso del *Conseil de prud'hommes*, e il nuovo portale *Justiciable* per la consultazione in linea dei fascicoli.

Si tratta di una riforma ampia e ambiziosa, di cui non è qui possibile che offrire alcuni scorci, ma che merita approfondimento.

V'è da sottolineare che, con questo progetto, la Francia si pone in un'ottica di modernizzazione in cui è facile scorgere l'obiettivo di offrirsi quale centro europeo di attrazione e gestione di liti di rilevante significato economico e commerciale.

Un invito e un monito anche per l'Italia.

[8] <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1746>.

[9] Boularbah, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, 2010; Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Paris, 1998; Perrot, *L'inversion du contentieux ou les prouesses de l'ordonnance sur requête*, ds *Justice et droits fondamentaux, Mélanges offerts à Jacques Normand*, 2003, Paris, p. 387-399.

[10] *Étude d'impact*, cit., p. 114 ss.

[11] J. Vuitton, X. Vuitton, *Les référés*, Paris, 2018; Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005.

[12] Si tratta del sito *Service-Public.fr*, consultabile all'indirizzo <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1746>.

[13] In questo senso già Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 254 nel quale v'è un esame anche dell'istituto di cui al testo. Sull'*injonction de payer*: Perrot, *Il procedimento di ingiunzione (studio di diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 715; Taisne, *La réforme de la procédure d'injonction de payer*, in *Dalloz*, 1981, *Chron.*, 319 ss.; Estoup, *La pratique de procédures rapides*, 1990, Paris, 279 ss.; Hébraud, *Le recouvrement des petites créances commerciales*, *Semaine juridique*, 27 novembre 1938; Martin, *Recouvrement simplifié des créances commerciales*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1954, 769; Dietsch, *La procédure de recouvrement simplifié de certaines créances*, in *Thèse*, Paris, 1959; Julien, *Les injonctions de payer*, in *Dalloz, Chron.*, 1963, 157; Le Court, *La procédure d'injonction de payer*, Clet, 1984; D. MAS, *Injonction de payer*, in *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Paris, 1997, vol. III.

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

Vincenzo Ansanelli

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

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.

Elisa Giardini

Avvocato in Ravenna, ha acquisito un Master Universitario di 1° Livello in «*Diritto dell'Ambiente – La gestione dell'ambiente*» presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

Giovanni Viglino

Dottore in giurisprudenza e attualmente studente LL. M. a Ginevra in risoluzione internazionale delle controversie (MIDS LL. M.). Giovanni è coinvolto in diversi progetti accademici, tra i quali la Willem C. Vis Moot Competition in arbitrato internazionale, dove collabora sia come arbitro sia come uno dei coach della squadra dell'Università degli Studi di Milano.

Emanuele Caimi

Avvocato del Foro di Varese, Delegato alle vendite e Curatore fallimentare. Cultore della materia ed esercitatore di diritto commerciale presso il Libero Istituto Universitario Carlo Cattaneo di Castellanza. Autore di contributi in tema di diritto commerciale e fallimentare. Consigliere d'amministrazione di una società fiduciaria e Presidente di una società finanziaria.

Beatrice Irene Tonelli

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

Alessia D'Addazio

Dal ottobre 2017 svolge il Dottorato di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso l'Università La Sapienza di Roma. È autrice di articoli e contributi pubblicati in varie riviste scientifiche in materia di diritto processuale civile. Alessia collabora con uno

Studio legale romano nei settori del contenzioso in materia civile e commerciale e della crisi di impresa.

Alessio Bonafine

Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Processuale civile presso l'Università Europea di Roma.

È autore di articoli e contributi pubblicati in varie riviste scientifiche, oltre che di una monografia sull'atto processuale telematico.

Fa parte del comitato di redazione di questa Rivista e di altre riviste scientifiche di settore.

È docente a contratto per il corso di European procedural law and International Arbitration presso l'Università Europea di Roma.

È membro dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del processo civile.

Francesca Cuomo Ulloa

Avvocato in Genova e mediatrice civile e commerciale, è dottore di ricerca in diritto processuale civile. Ha svolto attività di ricerca e di docenza presso le Università di Castellanza, di Pavia e di Sassari, nonché attività di formazione in materia di mediazione, arbitrato e alternative dispute resolution.

Carlo Vellani

È professore associato, titolare dei corsi di Diritto processuale civile e Diritto processuale del lavoro, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Fa parte del Comitato di redazione di questa Rivista. Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e Culture della Materia in Diritto processuale civile presso l'Università di Bologna.

Jacopo Nisticò

Si è laureato con lode in giurisprudenza presso l'università Sapienza – Università di Roma. Nel corso della propria carriera accademica ha trascorso un periodo di studio presso la Rijksuniversiteit di Groningen, in Olanda, dove ha approfondito tematiche inerenti il diritto internazionale dei contratti, l'arbitrato internazionale e il diritto internazionale privato.

Dal 2017 collabora, in qualità di Associate, presso il dipartimento Contenzioso, Arbitri e ADR dello studio Legance – Avvocati Associati, dove si occupa prevalentemente di contenzioso in materia civile, commerciale, fallimentare e societaria, nonché di procedure concorsuali.

Michele Angelo Lupoi

È professore associato di diritto processuale civile presso l'Università di Bologna e avvocato civilista del foro di Bologna. Vanta molte pubblicazioni in materia di diritto processuale di famiglia, contenzioso transfrontaliero, procedimenti sommari.

Caterina Silvestri

Professore associato alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze, settore scientifico-disciplinare Diritto processuale civile, dove insegna Sistemi processuali e tutela dei diritti, Teoria generale del processo e Diritto processuale civile europeo. È Avvocato civilista dal 1993.

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.